

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقي المتوفى سنة ٣٣٤هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني

﴿ تنبيه ﴾ وضما كتاب المغني في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصلا بينهما بخط عرضي

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الفرائض

روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلومه فإنه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه . وروى عن عبد الله أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلومها الناس قاني امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الأعمش عن إبراهيم قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الفرائض

وهي قسمة الموارث روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلومه فإنه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه وروى عن عبد الله أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلومها الناس قاني امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الأعمش عن إبراهيم قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض فالها من دينكم وعن جرير عن عاصم الاحول عن مورك العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللعن والسنة كما تعلمون القرآن وقال ثنا أبو الأحوص ثنا أبو اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله قال من تعلم القرآن فليتعلم

عنه : تعلموا الفرائض فانها من دينكم، وعن جرير عن عاصم الاحول عن مروق العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض والحن والسنة كما تعلمون القرآن . وقال حدثنا أبو الاحوص أخبرنا أبو اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله قال : من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض وروى جابر بن عبد الله قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيهما من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال قال فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ الى عمهما فقال « أعط ابنتي سعد الثلثين وأمها الثمن وما بقي فهو لك » رواه أحمد في مسنده

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وان سفل ولا مع أب)

أجمع أهل العلم على هذا بحمد الله وذكر ذلك ابن المنذر وغيره ، والاصل في هذا قول الله تعالى (يستمنونك قل الله يفتيك في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) الآية . والمراد بذلك الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب بلا خلاف بين أهل العلم ، ولانه قال وهو يرثها ان لم يكن لها ولد وهذا حكم العصبية وانقضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد لان الكلالة من لا ولد له ولا والد، خرج من ذلك البنات والام لقيام الدليل على ميراثهم معهما بقي ما عداها على ظاهره، فيسقط ولد الابوين ذكرهم وأنثاهن بثلاثة بالابن وابن الابن

الفرائض وروى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيهما من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ الى عمهما فقال « أعط ابنتي سعد الثلثين وأمها الثمن وما بقي فهو لك » رواه الامام أحمد في مسنده ورواه الترمذي وأبو داود

﴿مسئلة﴾ (وأسباب التوارث ثلاثة رحم ونكاح وولاء لا غير)

لان الشرع ورد بالتوارث بها بقوله تعالى (وألو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) وقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم) وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم - ولهن الربع مما تركن) الآية وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » وعنه انها تثبت بالموالاة والمعاقدة لقول الله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) والموالاة كالمعاقدة وبإسلامه على يديه روي ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى راشد بن سعيد قال قال رسول الله ﷺ « من أسلم على يديه رجل فهو مولاه ويرثه ويدي عنه » رواه سعيد وروى أبو امامة عن النبي ﷺ انه قال « من أسلم على يده رجل فهو مولاه ويرثه ويدي عنه » وعن عيم الداري انه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين؟ فقال « هو اولى الناس بحياه وعمانه » رواه سعيد في سننه ورواه الترمذي وقال لا أظنه متصلاً

وان سفل وبالب، ويسقط ولد الاب بهؤلاء الثلاثة وبالاخ من الابن لما روي عن علي عليه السلام أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولأن أعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات بوث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي

(مسئلة) قال (ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ذكر آ كان الولد أو أنثى ولا مع ولد الابن ولا مع أب ولا مع جد)

وجلة ذلك أن ولد الام ذكر م وأتاهم يسقطون بأربعة بالولد وولد الابن والاب والجد أب الاب وان علا، أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً منهم خالف هذا الرواية شذت عن ابن عباس في أبرين وأخوين لأم للام الثلث وللأخوين الثلث، وقيل عنه لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً قال ابن عباس يسقط الأخوة كلهم بالجد فكيف يرث ولد الام مع الاب ؟ ولا خلاف بين أهل العلم في أن ولد الام يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الاب؟ والاصل في هذه الجلة قول الله تعالى (وان كان رجل يسقط ثلاثة أو امرأة وله أخ أو أخت فليسكل واحد منهما السدس، فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه الآية الاخ والاخت من الام باجماع أهل العلم، وفي قراءة سعد بن أبي وقاص وله أخ أو أخت من أم، والسكالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد فشرط في توريثهم عدم الولد والوالدة، والولد يشمل الذكر والأنثى والوالد يشمل الاب والجد

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » فأما أحاديثهم فحديث راشد مرسل وحديث أبي امامة فيه معاوية الصدي وهو ضعيف، وحديث نعيم ليس بصريح في الميراث وقيل يثبت بكونهما من أهل الديوان ولا عمل عليه، وهذا كان في بدء الاسلام ثم نسخ بقوله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله)

(فصل) إذا مات الانسان بديء بتكفينه وتجهيزه مقدماً على ما سواه كما يقدم المفلس بنفقته على ما سواه، ثم تقضى ديونه لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصى بها أو دين) قال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم كونه تجهيزه ثم تفقد وصيته الآية ثم ما بقي قسم على الورثة للآيات الثلاث المذكورة في سورة النساء

(مسئلة) (والجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن وابنه وان نزل والاب وأبوه وان علا والاخ من كل جهة وابن الاخ من الام والعم وابنه كذلك والزوج ومولى النعمة، ومن النساء سبع: البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والمرأة ومولاة النعمة)

أكثر هؤلاء ثبت توريثهم بالكتاب والسنة، فالابن والبنت ثبت ميراثهما بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ويدخل في ذلك ولد الابن والابوان بقوله تعالى (ولأبويه لشيء مما ترك الوالدان والوالدة) والبنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والمرأة ومولاة النعمة)

(فصل) اختلف أهل العلم في الكلالة قليل : الكلالة اسم لورثة ماعدا الوالدين والمولودين نص أحمد على هذا ، وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال : الكلالة من عدا الولد والوالد واحتج من ذهب الى هذا بقول الفرزدق في بني أمية

ورثتم قناة المجد لآعن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم واشتقاقه من الاكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه فكان الورثة ماعدا الولد والوالد قد أحاطوا بالميت من حوله لا من طرفه أعلاه وأسفله كاحاطة الاكليل بالرأس فأما الوالد والولد فيها طرفا الرجل فاذا ذهب كان بقية النسب كلالة قال الشاعر

فكيف باطرافي اذا ما شتمتني وما بعد شتم الوالدين صلوح وقالت طائفة الكلالة اسم للميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد يروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود ، وقيل الكلالة قرابة الام واحتجوا بقول الفرزدق الذي أنشدناه عنكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم ، وروى عن الزهري أنه قال الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلالة والآيتان في سورة النساء والمراد بالكلالة فيهما الميت ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الاخوة من الجهات كلها ، وقد دل على صحة ذلك قول جابر بن رسول الله كيف الميراث؟ انما يرثني كلالة فجعل الوارث هو الكلالة ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد، ومن ذهب الى أنه يشترط في الكلالة عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة

والجد يحتمل أن يتناوله هذا النص كما دخل ولد الابن في عموم أولادكم ، والاخ والاخت من الابوين أو الاب ثبت ارثهما بقوله سبحانه (وله اخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) والاخ والاخت من الام ثبت ارثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) وأما ابن الاخ للابوين أو للأب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ « ما بقى الفروض فلاولى رجل ذكر » ولم يدخل فيهم ولد الام ولا العم ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الام لانهم ليسوا من العصبات . وأما المولى المعتق والمولاة فثبت ارثهما بقوله عليه الصلاة والسلام « انما الولاء لمن أعفق » والجدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس ، والزوج ثبت ارثه بقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) والزوج بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركن) الآية ، وجميعهم ذوا فرض وعصبة قاله كوركهم عصبات الا الزوج والاخ من الام والاب والجد مع الابن، والاناث كلهن اذا انفردن عن اخوتهن ذوات فروض الا المعتقة والا الاخوات مع البنات. ومن لا يسقط بحال خمسة : الزوجان والابوان وولد الصلب لانهم يتبنون بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت يحجبهم ، ومن سواهم من الوارث انما يمت بواسطة سواء فيسقط بمن هو أولى بالميت منه

(مسئلة) (والوارث ثلاثة ذوو فرض وعصبات وذوو رحم .)

والبصرة والكوفة ، و يروى عن ابن عباس أنه قال السكلاة من لا ولد له ، و يروى ذلك عن عمر
والصحيح عنهما كقول الجماعة

(مسئنة) قال (والأخوات مع البنات عصبية لمن مافضل وليست لمن معين فريضة مسماة)

العصبة هو الوارث بغير تقدير وإذا كان معه ذو فرض أخذ مافضل عنه قل أو كثر وإن انفرد
أخذ الكل ، وإن استغرقت الفروض المال سقط ، والمراد بالاخوات ههنا الاخوات من الابوين أو
من الاب لانه قد ذكر أن ولد الام لاميراث لم مع الولد وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن
عمر وعلي وزيد وابن مسعود ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب عامة الفقهاء الا ابن عباس
ومن تابعه فإنه يروى عنه أنه كان لا يجعل الاخوات مع البنات عصبية فقال في بنت واخت : للبنات
النصف ولا شيء . للاخت قليل له ان عمر قضى بخلاف ذلك جعل للاخت النصف فقال ابن عباس
أنتم أعلم أم الله ؟ يريد قول الله سبحانه (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف مترك) قائما
جعل لها الميراث بشرط عدم الولد ، والحق فيما ذهب اليه الجمهور فإن ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن
واخت لأقربين فيها بقضاء رسول الله ﷺ لبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاخت رواه

باب ميراث ذوي الفروض

وهم عشرة الزوجان والابوان والجد والجدة والبنت وبنت الابن والاخت من كل جهة والاخ
من الام فللزوج النصف إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد الابن والربع إذا كان معه أحدهما ، وللزوجة الربع مع
عدم الولد وولد الابن والنمن مع أحدهما ، وهذا اجماع من أهل العلم لقول الله تعالى (ولكم نصف
ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكن الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين
ولهن الربع مما تركن ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلهن النمن مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين)
وولد الابن ولد بدليل قوله تعالى يا بني آدم ويا بني اسرائيل وانما جعل لجماعة الزوجات مثل الواحدة لانه لو جعل
لكل واحدة الربع وهن أربع لأخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ، ومثل هذا في
الجدات للجماعة مثل ما للواحدة لانه لو أخذت كل واحدة السدس لأخذن النصف إذا كن ثلاثة
وزدن على ميراث الجد . فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنات الابن والاخوات المتفرقات كلهن
فان اكل جماعة منهن مثل ما للابنتين على ما يذكر في موضعه وزدن على فرض الواحدة لان الذكر
الذي يرث في درجتين لا فرض له الا ولد الام فان ذكرهم وانثاهم سواء لانهم يرثون بالرحم
وقرابة الأم المجردة .

البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب اليه بل يدل على أن الاخت لا يفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فإن ما أخذ مع البنت ليس بفرض وإنما هو بالتعصيب كيراث الاخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قول الله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) وعلى قيام قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها وهو خلاف الاجماع ثم ان النبي ﷺ وهو المبين لكلام الله تعالى قد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو اثنتان ولو كانت ابنتان وبنت ابن اسقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الأم زوج فالمسئلة من اثني عشر وزوج الرابع والابنتين الثلثان ويبقى للاخت نصف السدس فان كان معهم أم عات المسئلة وسقطت للاخت

مسئلة قال (وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في أرثهن وحجبهن أن يحجبه البنات وفي جعل الاخوات معهن عصبات وفي أنهن اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات الابن وغير ذلك ، والاصل في ذلك قول الله عز وجل (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) وولد البنين أولاد قال الله تعالى (يا بني آدم) يخاطب

(فصل) قال رضي الله عنه (ولأب ثلاثة أحوال حال يرث فيها بالفرض المجرد وهي منع ذكور

الولد أو ولد الابن ويرث السدس والباقي للابن ومن معه)

لا نعلم في هذا خلافا لقول الله تعالى (ولا بويه لكل واحد منها السدس مما ترك ان كان له ولد) (وحال) يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع عدم الولد وولد الابن فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث أضاف الميراث اليهما ثم جعل للام الثلث فكان الباقي للاب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس) فجعل للام مع الاخوة السدس ولم يقطع إضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب (الحال اثالث) مجتمع له الفرض والتعصيب وهي مع انات الولد أو ولد الابن فيأخذ السدس لقوله تعالى (ولا بويه لكل واحد منها السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للام السدس مع البنت اجماعا ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب لما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحقوا الفرائض باهلها فبي فلاولى رجل ذكر » متفق عليه والاب أولى رجل بعد الابن وابنه وهذا كله صحيح عليه ليس فيه خلاف فله

(فصل) (قال وللعبد ثلاثة أحوال الاب الثلاثة إلا أنه يسقط بالاب لا بدلي به ويسقط عن رتبة

الاب في زوج وابوين وامرأة وأبوين فيفرض للام فيها ثلث جميع المال وله حال رابع مع الاخوة

بنات أمة محمد ﷺ وقال (يا بني اسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم ، وقال الشاعر
بنونا بنو آبائنا وبنائنا بنوهن أبناء الرجال الأبعد

(مسئلة) قال (فإن كن بنات وبنات ابن فللبنات الثلثان وليس لبنات الابن شيء الا أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين)

أجمع أهل العلم على أن فرض البنات الثلثان الا رواية شاذة عن ابن عباس ان فرضها النصف لقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) فذهبه ان مادون الثلاث ليس لها الثلثان، والصحيح قول الجماعة فان النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع «أعط ابنتي سعد الثلثين» وقال الله تعالى في الاخوات (فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين لانهما أقرب ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين منهم الثلثان كالاخوات من الابوين والاخوات من الاب وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فللاثنتين منهم مثل فرض الجماعة كولد الام والاخوات من الابوين أو من الاب فأما الثلاث من البنات فإزاد فلا خلاف في ان فرضهن الثلثان وانه ثابت بقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك)

والاخوات من الابوين والاب فانه يقاسمهم كأخ إلا أن يكون الثلث خيراً له فيأخذه والباقي لهم، فان كان معهم ذو فرض أخذ فرضه ثم للجد الأخط من المقاسمة كأخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال وسوف نذكر الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى، فروى أبو داود بإسناده عن عمران بن حصين أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال إن ابن ابني مات فإلي من ميراثه؟ قال لك السدس فلما أدير دماه فقال إن لك سدساً آخر فلما أدير دماه فقال إن لك السدس الآخر طعمة قال فتادة فلان تدري مع أي شيء ورثته قال فتادة أقل شيء ورث الجسد السدس وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال أيكم يعلم ما ورث رسول الله صلى الله عليه وسلم الجسد؟ فقال معقل بن يسار أنا ورثه رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس قال مع من؟ قال لا أدري قال لا ذريت فما يعني إذا رواء سعيد في سننه . قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان الجدة ابا الأب لا يحجب عن الميراث غير الاب. وأزولوا الجد في الحجب والميراث منزلة الاب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء (احدها) زوج وأبوان (والثانية) زوجة وأبوان للام ثلث الباقي فيهما مع الاب وثلث جميع المال مع الجد (والثالثة) اختلوا في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للأب ولا خلاف بينهم في إسقاط بني الاخوة وولد الام ذكرهم وأنتاهم، فذهب الصديق رضي الله عنه إلى أن الجد يسقط جميع الاخوة والاخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب وبه قال ابن عباس وابن الزبير وروي ذلك عن عثمان وطائفة وأبي بن كعب وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم، وحكي أيضاً عن عمران بن حصين وجابر بن عبد الله وأبي

واختلاف فيما ثبت به فرض البنين ثقل ثبت بهذه الآية والتقدير : فان كن نساء اثنتين وفوق صلة كقوله (فاضربوا فوق الاعناق) أي اضربوا الاعناق . وقد دل على هذا ان النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخيه سعد بن الربيع « اعط ابنتي سعد الثلاثين » وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية وبيان لمعناها واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضاً ان سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع وسؤل امهما عن شأنهما في ميراث أبيهما وقيل بل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالقياس ، وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها فلا يضرنا أيها أثبتته ، وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين سقط بنات الابن مالم يكن بازائهن أو أسفل منهن ذكر يعصبن وذلك لان الله تعالى لم يفرض للاولاد اذا كانوا نساء الا الثلثين قليلات كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الاولاد وقد ذهب الثنثون لولد الصلب فلم يبق لمن شيء ولا يمكن أن يشار كن بنات الصلب لانهن دون درجتين فان كان مع بنات الابن ابن في درجتين كأخيهين أو ابن عمهم أو أنزل منهن كابن أخيهين أو ابن ابن عمهم أو ابن ابن ابن عمهم عصبهن في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا قول عامة العلماء : يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة رضي الله عنهم وبه قال مالك والثوري والشافعي رضي الله عنهم وإسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء الا ابن

الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم ابن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان ودادود وابن المنذر وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت يورثونهم معه ولا يعصبونهم به وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الأخ ذكر يعصب اخته فلم يسقطه الجد كالابن ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون إلا بنص أو لإجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون لانهم تساوا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه ، فان الأخ والجد يدلان بالاب الجد أبوه والأخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى منها ، فان الابن يسقط تمصيب الأب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة انبتت غصناً فانفرد منه غصنان كل منهما أقرب منه إلى أصل الشجرة ، ومثله زيد بواد خرج منه شجر وانفرد منه جدولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي ، واحتج من ذهب مذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي صلى الله عليه وسلم « القوا الفرائض بأهلها فما بقي فلا ولي رجل ذكر » متفق عليه والجد أولى من الأخ بدليل المتن والحكم ، اما المعنى فان له قرابة لإبلاو بعضية كالأب وأما الحكم فان الفروض إذا ازدحت سقط الأخ دونه ولا يسقطه أحد إلا الاب ، والأخ والاخوات ينسقطون بثلاثة ، ويجمع له بين الفرض والتمصيب كالأب وهم ينفردون بواحد منهما ، ويسقط ولد الام ،

مسموع ومن اتبعه فانه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه إحداها من فجعل الباقي للذكر دون اخواته وهو قول أبي ثور لان النساء من الاولاد لا يرثن أكثر من اثنين بدليل ما اراد فردن وتوريتهن هنا يفضي إلى توريتهن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات، وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم، ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال اذا لم يكن معهم ذو فرض فيجب أن يقتسما المفاضل عنه كأولاد الصلب والاختوة مع الاخوات، وما ذكره فهو في الاستحقاق لفرض، فأما في مسئلتنا فإنا يستحقون بالنمصيب فكان معتبرا بأولاد الصلب والاختوة والاخوات ثم ويبطل ما ذكرود بما اذا خاف ابنا وست بنات فانه يأخذن ثلاثة أرباع المال، وان كن ثمانيا أخذن أربعة أخماسه وان كن عشرة أخذن خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وابن ابن الابن بمص من في درجته من أخواته وبنات عمه وبنات ابن عم أبيه على كل حال، وبمص من هو أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه ومن فوقهن بشرط أن لا يكن ذوات فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه. فلو خالف الميت خمس بنات ابن بعضهم أنزل من بعض لا ذكر معهم وعصية كان للعليا النصف ولأبنة السدس وسقط سائرهن والباقي للعصية

ولد الأب يسقطون بهم بالاجماع إذا استقرت الفروض المال وكانوا عصية. وكذلك ولد الابوين في الشركة عند الاكثرين ولأنه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحذف بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله ونحوه عليه نفقته وينع من دفع زكاته اليه كالأب سواء قتل ذلك على قريبه، فان قيل فالحديث حجة في تقديم الاخوات لان فروضهن في كتاب الله تعالى فيجب أن تلحق بهن فروضهن ويكون للجد ما بقي، فالجواب أن هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين وفي الذكور مع الاناث أو نقول هو حجة في الجميع، ولا فرض لولد الأب مع الجد لانهم كلالة، والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذا فرض. حجة أخرى قالوا الجد أب فيجب ولد الأب كالأب الحقيقي، ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أيكم إبراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آباي إبراهيم واسحاق) وقوله (كما أتتها على أبيك من قبل إبراهيم واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «ارموا بني اسماعيل فان أباكم كان رامياً» وقال «سام أبو العرب وحام أبو الحبش» وقال «نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أئنا ولا ننقي من أيننا» وقال الشاعر

أنا نقي نهشل لا ندعي لأب عنه ولا هو بالأبناء يشرنا
فوجب أن يجيب الاخوة كالأب الحقيقي يحقق هذا أن ابن الابن وان سفل يقوم مقام ابنه
في الحبب كذلك أبو الأب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس ألا يتقي الله زيد؟ يجعل ابن الابن

فان كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فللمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن ، فان كان مع الثانية عصبها وكن لعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة، فان كان مع الثالثة فللعليا النصف ولثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة ، فان كان مع الرابعة فللعليا النصف ولثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة، فان كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الاولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين ، وان كان أنزل من الخامسة فكذلك ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت تعصيب بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين

(مسئلة) قال (فان كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلا يشة الصلب النصف ، وبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكمة الثلثين الا أن يكرن معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين)

في هذه المسئلة ثلاثة أحكام (أحدها) ان لبنت الواحدة النصف ولا خلاف في هذا بين علماء المسلمين لقول الله تعالى (وان كانت واحدة فلها النصف) ولان النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت ان لبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فلاخت

ابنا ولا يجعل أبا الاب أباً ولان بينهما إيلاداً وبعضية وجزئية وهو يساوي الاب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب، يحققة أن أبا الاب وان علا يسقط بني الاخوة ولو كانت قرابة الاخ والجدة واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مساوياً لبني الاخ لتساوي درجة من أدليابه ولا تفريم على هذا القول لوضوحه .

(فصل) واختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم، فكان علي رضي الله عنه يفرض للاخوات فردضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له، فان كانت أخت لابوين واخوة لاب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الاخوة فيما بقي إلا أن تنقصه المقاسمة من السدس فيفرضه له فان كان الاخوة كلهم عصبه قاسمهم الجد إلا السدس فان اجتمع ولد الاب وولد الابوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم ، وان اغرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد، وصنع ابن مسعود في الجد مع الاخوات كصنع علي وقاسم به الاخوة إلى الثلث فان كان أصحاب الفرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم صنع صنيع زيد في اعطاء الاخوة من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، وعلي يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به، وقال بقول علي الشعبي والنخعي والمغيرة ابن مقسم وابن أبي ليل والحسن بن صالح وذو الهذيل ابن مسعود مسروق وعلقمة وشريح ، فأما مذهب زيد فهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره الحرقي وسنشرحه ان

(الثاني) أنه إذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن أو بنات ابن فلبنات النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تركة الثلثين وهذا أيضا مجمع عليه بين العلماء . والاصل فيه قول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف) ففرض البنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الاولاد فكان لمن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه، واختصت بنت الصلب بالنصف لانه مروض لها والاسم متناول لما حقيقة فيبقى للبقية تمام الثلثين، ولهذا قال الفقهاء لمن السدس تركة الثلثين ، وقد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال : سئل ابو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال : لبنت النصف وما بقي فللاخت فأقضى ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ لبنت النصف ولابنة الابن السدس تركة الثلثين وما بقي فللاخت فأقضى اباموسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني عن شيء مادام الخبر فيكم متفق عليه بنحو من هذا المعنى

(الحكم الثالث) إذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهم فإنه يعصبن فيما بقي للذكر . بل حفظ الاثني في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم الا ابن مسعود فيمن تابعه فإنه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة البانية التي انفرد فيها عن الصحابة فقال لبنات الابن الاضربهن من المقاسمة أو السدس فإن كان السدس أقل مما يحصل لمن بالمقاسمة فرضه لمن وأعطى الباقي للذكر ، وإن كان الحاصل لمن

شاء الله تعالى واليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة والشام والاسوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن ارطاة ومالك والشافعي وابو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم . فذهب زيد في الجدد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب أنه يقاسمهم كاخ الأن يكون ثلث المال احظ له ، فإن نقصته المقاسمة عن الثلث فله الثلث والباقي لهم ، فعلى هذا إذا كان معه اخوان أو أربع أخوات أو أخ وأختان فالثلث والمقاسمة سواء ، فإن نقصوا عن ذلك فالمقاسمة احظله فقاسم به لا غير وإن زادوا فأعطاه الثلث ، فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه وكان للجدد الاحظ من المقاسمة كاخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، أما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلانه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فرع غيرهم أولى، وأما أعطائه ثلث الباقي إذا كان احظ فلأن له الثلث مع عدم الفروض فما اخذ بالفروض كأنه معدوم قد ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها، فعلى هذا متى زاد الاخوة عن اثنتين أو من يعدلهم من الاناث فلا حظ له في المقاسمة وإن نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له في ثلث الباقي، وإن نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس وإن كان الفرض النصف فقط استوى السدس وثلث الباقي ، وإن كان الاخوة اثنتين والفرض النصف استوى المقاسمة وثلث الباقي وسدس جميع المال

بالمقاسمة أقل قاسم بهن، وإنى ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصمها غيرها إذا استكمل البنات الثلاثين إلا أنه ناقص في المقاسمة إذا كان أخربهن وكان ينبغي أن يعطيهن السدس على كل حال ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) ولأنه يقاسمها ولم يكن غيرها مقاسمها مع بنت العاصب كما لو كانت المقاسمة أخربهن وأصله الذي بنى عليه فارد كما قدمنا (فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ما ذكرنا في هاتين المسئلتين. وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى اثنتين سقطت إذا لم يكن لها من يعصمها سواء كل الثلثان لمن في درجة واحدة أو لأملياً أو التي تليها وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه وقد مثلنا ذلك في المسئلة التي ذكرنا في آخر المسئلة التي قبل هذه

(مسئلة) قال (والاخوات من الاب بمنزلة الاخوات من الاب والام إذا لم يكن اخوات لاب وأم فإن كان اخوات لاب وأم وأخوات لأب فالاخوات من الاب والام الثلثان وليس للاخوات من الاب شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيعصمهن فيما باقبي للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كانت أخت واحدة لاب وأم وأخوات لاب فالاخت للاب والام النصف وللأخوات من الاب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكلمة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصمهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين

(فصل) ولا ينقص الجدد عن سدس المال أو تسميته إذا زادت السهام، وهذا قول عامة أهل العلم إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال إن ابن عباس كتب إلى علي في ستة أخوة وجد فكتب إليه أجل الجدد سابعهم وأصح كتابي هذا وروي عنه في سبعة أخوة وجد أن الجدد ثامنهم وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال

ولنا إن الجدد لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الأخوة فإنهم يسقطون بهم فلا ينقص عنه مع الأخوة أولى ولأن النبي ﷺ أطعم الجدد السدس فلا ينبغي أن ينقص منه، وقولنا أو تسميته إذا زادت السهام هو إذا عالت المسئلة فإنه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس فإذا كان زوج وام وابنتان وجد له السدس ونعطيهم سهمين من خمسة عشر وهما ثلثا الخمس (مسئلة) (فإن لم يفضل عن الفرض إلا السدس فهو له ويسقط من معه من الأخوة والأخوات كأماً وابنتين وجد وأخت أو أخ)

فإن للام السدس وللأبنتين الثلثان يبقى السدس للجدة ويسقط الأخوة إلا في الأكدرية وهي زوج وام وأخت وجد فإن للزوج النصف والام الثلث والاخت النصف والجدة السدس ثم يقسم

وهذه الجلة كلها مجمع عليها بين علماء الامصار الا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه اسائر الصحابة والفقهاء في ولد الاب إذا استكمل الاخوات من الابوين اثنتين فإنه جعل الباقي للذكر من ولد الاب دون الاناث، فإن كانت أخت واحدة من أبوين وأخوة وأخوات من أب جعل للاناث من ولد الاب الأضر بهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي للذكر كقوله في ولد الابن مع البنات على ما مر تفصيلاً وشرحه وقد سبق ذكر حجته وجوابها بما يفني عن اعادته . فاما فرض اثنتين للاختين فصاعداً والنصف لأخوة المفردة فتأبى قول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما اثنتان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب باجماع أهل العلم، وروى جابر قال قلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي اخوات؟ قل نزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك) رواه أبو داود وروى أن جابراً اشكى وعنده سيم اخوات فقال النبي ﷺ « قد أنزل الله في اخوانك » فبين لمن اثنتين وما زاد على الاختين في حكمها لأنه اذا كان للاختين اثنتان فاثلاث أختان فصاعداً، واما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين اثنتين فلان الله تعالى انما فرض للاخوات اثنتين فاذا أخذته ولد الابوين لم يبق مما فرضه الله تعالى للاخوات شيء

سدس الجدة ونصف الأخت بينهما على ثلاثة وتصح من سبعة وعشرين؛ للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة ولا يعول من مسائل الجدة غيرها، ولا يفرض لأخت مع جد الا في هذه المسئلة وتسمى الاكدرية سميت بذلك لتكديرها اصول زيد في الجدة فانه أحاطها ولا يعول عنده في مسائل الجدة وفرض للأخت معه ولا يفرض لأخت مع جد، وجمع سهامه وسهامها فقسما بينهما ولا نظير لذلك، وقيل سميت اكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه الاكدري فأتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه، واختلف أهل العلم فيها فذهب أبي بكر الصديق وموافقه اسقاط الأخت ويجعل للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد، وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف وللأخت النصف وللجد السدس وللأم السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا للام السدس لكيلا يفضلوها على الجدة، وقال علي وزيد للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس وأحاطها الى تسعة ولم يجزها الام عن الثلث لان الله تعالى انما حججها بالولد والاخوة وليس هنا ولد ولا اخوة، ثم ان عمر وعلياً وابن مسعود ابقوا النصف للأخت والسدس للجد وزيد ضم نصفها الى سدس الجدة فقسمة بينهما لانها لا تستحق معه الا بحكم المقاسمة، وانما حمل زيدا على احوالة المسئلة ههنا أنه لو لم يفرض للأخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال ما قال ذلك زيد وانما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئاً، فان قيل فالأخت مع الجدة عصبه والعصبه تسقط باستكمال الفروض قلنا انما بعصبها الجدة وليس بعصبه مع هؤلاء بل يفرض له ولو كان مكان الأخت أخ لسقط لانه عصبه في نفسه ولو كان مع الأخت أخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الام الى

يستحقه ولد الاب فان كانت واحدة من الابوين فلها النصف بنص الكتاب وبقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به اثنتان فيكون للاخوات للاب وذلك قال الفقهاء لمن السدس تكملة الثلثين فان كان ولد الاب ذكورا واناثا فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فلذكر مثل حظ الانثيين، ولا يفارق ولد الاب مع ولد الابوين وقد الابن مع ولد الصلب الا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أتراب منها، والاخت من الاب لا يعصبها إلا أخوها، فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين ولم أخوات من أب وابن أخ لمن لم يكن للاخوات للاب شيء، وكان الباقي لابن الاخ لان ابن الابن وان نزل ابن وابن الاخ ليس بأخ

(فصل) أربعة من المذكور يعصبون اخوانهم فيتمتعونهم بالفرض ويقسمون ما ورثوا لذكر مثل حظ الانثيين وهم الابن وابن الابن وان نزل والاخ من الابوين والاخ من الاب وسائر العصبات ينفرد المذكور بالميراث دون الاناث وهم بنو الاخ والاعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الأولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فلذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب وانما اشتركا لان الرجال والنساء كلهم وراث فلوفرض للنساء فرض أنصفي إلى تفضيل الانثى على الذكر أو مساواتها إياه أو إسقاطه بالسكينة فكانت المقاسمة أعدل وأولى، وسائر العصبات ليس اخوانهم من أهل الميراث فأنهم ليس بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع اخوتهم شيئا وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ومنه

السدس وبقي لها السدس فأخذوه ولم يعل المسئلة، وأصل المسئلة في الاكدرية ستة عالت الى تسعة وسهام الاخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن تسعة وعشرين ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم اثنتان في ثلاثة ستة يبقى اثنا عشر بين الجد والاخت على ثلاثة للجد ثمانية وللأخت أربعة، وبساياها فيقال أربعة ورثوا مالا فأخذوا حصة ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي، ويقال امرأة جاءت قوما فقالت أني حامل فان ولدت ذكراً فلا شيء له وان ولدت انثى فلها تسع المال وثلث تسعة، وان ولدت ولدين فلها السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال وان ولدت انثى فلي تسعة وان ولدت ولدين فلي سدسه وأشد شيخنا في ذلك لنفسه

ماذا تقولون في ميراث أربعة أصاب أكبرهم جزءاً من المال

ونصف ذلك للثاني ونصفها لثالث ترب للخير فقال

ولصفت ذلك مجموعاً لأربعهم فخبروني فهذه جملة الحال

أكبرهم الجد له ثمانية ونصفها للاخت أربعة ونصفها ستة للام صارت ثمانية عشر ونصف الجميع

للزوج وذلك تسعة

(مسئلة) قال (وللام ثلاث اذا لم يكن الأخ واحد أو أخت واحدة ولم يكن ولد ولا ولد ابن فإن كان له ولد أو اخوان أو أختان فليس لها إلا السدس)

وجهة ذلك ان للام ثلاثة أحوال: حال ترث فيها الثلث بشرطين (أحدهما) عدم الولد وولد الابن من المذكور والاناث. (والثاني) عدم الابن فصاعداً من الاخوة والاخوات من أي الجهات كانوا ذكراً أو إناثاً أو ذكراً أو إناثاً فلها في هذه الحال الثلث بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم (الحال الثاني) لها السدس إذا لم يجتمع الشرطان بل كز: لميت ولد أو ولد ابن أو اثنان من الاخوة والاخوات في قول جمهور الفقهاء ، وقال ابن عباس لا يجب للام عن الثلث إلى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة وحكي ذلك عن معاذ لان الله تعالى قال (فإن كان له إخوة للام السدس) وأقل الجمع ثلاثة، ورأي ابن عباس قال لعنان رضي الله عنه : ليس الاخوان اخوة في لسان قومك فليس يجب بها الام ؟ فقال لا أستطيع ان أورد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به

ولنا قول عثمان هذا فإنه يدل على أنه اجماع ثم قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب يتعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين والاخوات من الاب ، والاخوة نستعمل في الاثنين قال الله تعالى (فإن كانوا اخوة رجالاً ونساءً فلا ذكر مثل حظ الاثنتين) وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت ، ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد للزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الأخت والجدة على ثلاثة أصلاً من اثني عشر للزوجة ثلاثة وللأم أربعة يبقى خمسة بين الجدة والأخت على ثلاثة، وتصح من ستة وثلاثين، فإن كان مكان الأخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين ، وإن كانا اثنتين قاسمهما وتصح من ثمانية وأربعين فإن كان أخ وأخت أو ثلاث اخوات حجبوا الام الى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين، فإن زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسئلة في ثلاثة تكن ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم، فإن لم تصح عليهم ضربتهم ووقفهم في ستة وثلاثين فما بلغ منه تصح فإن كانوا من جهتين اختص بالباقي ولد الابوين

(فصل) زوجة وأخت وجد وجدة فهي كالتي قبلها في فروعها الا في أن للجدة الممدس مع الأخت الواحدة والاخ الواحد، فإن كانوا أكثر من واحد فنحكم الجدة والام واحد، وإن لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجدة سهمان والأخت سهم فإن كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة وعشرين وإن كان مكانها أخ صحت من ثمانية فإن كان أخ وأخت أو ثلاث اخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين وإن زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي سهماً واقسم الثاني على الباقي، فإن كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجدة لا يزيد على النصف وهو أقل فرض لولد الابوين

فيصرف اليه بالدليل ، ولا فرق في حببها بين الذكر والاثني لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع بدليل قوله (فان كانوا اخوة رجالا ونساء) ففسرهم بالرجال والنساء (الحال الثالث) اذا كان زوج وأبوان أو امرأة وأبوان فللام ثالث الباقي بعد فرض الزوجين ، وهذه يأتي ذكرها ان شاء الله تعالى

(مسألة) قال (وليس للاب مع الولد الذكر أو ولد الابن الا السدس فان كن بنات كان له ما فضل)

يعني والله أعلم كان له ما فضل بعد أن يفرض له السدس فيكون له ثلاثة احوال : (حال) يرث فيها بالفرض وهي مع الابن أو ابن الابن وانما فضل فليس له الا السدس والباقي للابن ومن معه لانعلم في هذا خلافا وذلك لقول الله تعالى (ولا يورث لذكر واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) (الحال الثانية) يرث فيها بالتعصيب المبرد وهي مع غير الولد فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه اذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه اثالث) فأضاف الميراث اليهما ثم جعل للام الثلث فكان الباقي للاب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس فجعل للام مع

(مسألة) (فان لم يكن في الاكدرية زوج فهي أم وأخت)

وجد للام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة للام ثلاثة وللجد أربعة والاخت سبعمائة وانما سميت الحرقا لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكان الاقوال خرقها قبل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه للام الثلث وللجد الباقي ، وقول زيد وموافقيه للام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وقول علي للاخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس ، وعن عبدالله للاخت النصف وللأم ثلث ما بقي وللجد الباقي وعن ابن مسعود للام السدس والباقي للجد وهو مثل القول الاول في المتن وعن ابن مسعود أيضاً للاخت النصف والباقي بين الام والجد لصفين فتكون من أربعة وهي احدى مربعات ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم اثلاثا لكل واحد منهم ثلث وهي مثثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال ومسدسة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة وسأل الحجاج الشعبي عنها فقال قد اختلف خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيدا وابن عباس رضي الله عنهم

(مسألة) (وولد الاب كولد الابوين في مقاسمة الجد)

اذا انفردوا لانهم شاركهم في بنوة الاب التي ساووا بها الجد فاذا اجتمعوا عاد ولد الابوين الجد (الجزء السابع) (٣) (المتن والشرح الكبير)

الاخوة السدس ولم يقطع اضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب (الحال الثالثة) يجتمع له الامران الفرض والتعصيب وهي مع اناث الولد أو ولد الابن فله السدس لقوله تعالى (فلنكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للاب السدس مع البنت بالاجماع ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» متفق عليه والاب أولى رجل بعد الابن وابنه وأجمع أهل العلم على هذا كما فليس فيه بحمد الله اختلاف نعلمه

(فصل) والجد كالأب في أحواله الثلاث وله حال رابع مع الاخوة يذكر في بابيه ويقتطع بالأب لانه يبدل به فيسقط به كالاخوة وكذلك كل جد يستقط بانه لكونه يبدل به وينتقص الجسد عن رتبة الاب في زوج وابوين أو امرأة وابوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وباقيه للجد بخلاف الاب (مسئلة) (قال وللزوج النصف اذا لم يكن ولد فان كان لها ولد فله الربع وللرأة الربع واحدة كانت أو أربعا اذا لم يكن ولد فان كان له ولد فلهن الثمن)

وجملة ذلك أن الزوج والزوجة ذوا فرض لا يرثان بشيخه وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة وولدها والريم مع الولد أو ولد الابن وفرض الزوجة والزوجات الربع مع عدم ولد الزوج

بولد الاب ثم اخذوا ما حصل لهم هذا مذهب زيد واما علي وابن مسعود فأنهما يقاسمان به ولد الابوين ويسقطان ولد الاب ولا يمتدان به لانه محجوب فلا يتدبه كولد الام فاذا كان جد واخ من أب وأم واخ لاب فنها المال في هذه المسئلة بينهما نصفين وزيد يجعلها من ثلاثة للجد سهم ولكل اخ سهم ثم يرجع الاخ من الاب والام على ما في يد اخيه لايه فيأخذه وان شئت فرضت للجد ثلث المال والباقي للاخ من الابوين ومتى زاد الاخوة على اثنين فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين ووجه مذهب زيدان الجد والد فاذا حجب اخوان وارثان جاز ان يحجبه اخ وارث واخ غير وارث كالام ولان ولد الاب يحجبونه اذا اقردوا فيحجبونه مع غيرهم كالام ويفارق ولد الام فان الجد يحجبهم فلا ينبغي ان يحجبوه بخلاف ولد الاب فان الجد لا يحجبهم فجاز ان يحجبوه اذا حجبهم غيره كما يحجبون الإمام ان كانوا محجوبين بالاب واما الاخ من الابوين فانه اقوى تصصيا من الاخ من الاب. فلا يرث معه شيئا كولو اقرد عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن فانه يحجبه ويأخذ ميراثه فان قبل فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثهم والاخوة يحجبون الام وان لم يأخذوا ميراثا قلنا الجد وولد الام يختلف سبب استحقاقهم للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وهما سبب استحقاق الاخوة الميراث الاخوة والصوبة فأيهما قوي حجب الآخر واخذ ميراثه وقد مثلت هذه المسئلة بمسئلة في الوصايا وهي اذا وصى لرجل ثلث ماله ولا يخرج ثمانية وثلاث بنام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصي

وولد ابنه والنمن مع الولد او ولد الابن الواحد والاربع سواء باجماع أهل العلم ، والاصل فيه قول الله تعالى (ولستم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن النمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين) وانما جعل للجماعة مثل ما لا واحدة لانه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لاخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل ما لا واحدة لان الجدات لو أخذت كل واحدة منهن السدس لاخذن النصف فزددن على ميراث الجد فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنات الابن والاخوات المتفرقات كلهن فان لكل جماعة منهن مثل ما لثلاثين على ما ذكر في موضعه ، وزددن على فرض الواحدة لان الذكر الذي يرث في درجتين لا فرض له إلا ولد الام فان ذكرهم وأتاهم نوا. لانهم يرثون بالرحم وقرابة الام المجردة

هو مسألة (وان ابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب وابن الاخ للاب أولى من ابن الاخ للاب والام وابن الاخ وان سفل اذا كان الاب أولى من العم وابن العم للاب أولى من ابن ابن العم للاب والام وابن العم وان سفل أولى من عم الاب) هذا في ميراث العصة ومم المذكور من ولد الميت وآبائه وأولادهم وليس ميراثهم مقدراً بل يأخذون المال كله اذا لم يكن معهم ذو فرض فان كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل

له بالمائة يراحم صاحب الثلث بصاحب التمام في حال الرد فيقسمه الثلث نصفين ثم يخص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء

هو مسألة (الا ان يكون ولد الابوين اختاً واحدة فتأخذ تمام النصف وما فضل فهو لهم ولا ينقص هذا في مسألة فيها فرض غير السدس

لان ادنى ما يأخذ الجد الثلث من الباقي والاخذ النصف فالباقي بعدها هو السدس فاذا كان جد واخذت من ابوين واخذت من أب فالmaal بينهم على أربعة للجد سهمان ولكل اخت سهم ثم رجعت الاخت من الابوين على اختها لا يبيها فأخذت ما في يدها جميعه لتستكمل النصف لان المقاسمة هنا احظ للجد من ثلث المال فان كان معهم اخ من أب فالجد الثلث وللأخت النصف يبقى للاخ واخوته السدس بينهم على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر وتستوي هنا المقاسمة وثالث المال

هو مسألة (فان كان معهم ام فاما السدس وللجد ثلث الباقي ولا ثلث له فتضربها في ثلاثة تكن ثمانية عشر للام ثلثه وللجد ثلث الباقي خمسة وللأخت وللابوين تسعة يبقى للاخ واخوته سهم وتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد)

عن ميراثه كله وأولام بالبراث أقربهم وبسقط به من بعد لقول النبي ﷺ «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» وأقربهم البنون ثم بنوم وإن سفلوا يسقط قريبهم ببعيدهم ثم للاب ثم آبؤه وإن علو الأقرب منهم فالأقرب ثم بنو الاب وهم الاخوة للابوين أو للاب ثم بنوم وإن سفلوا الأقرب منهم فالأقرب وإقط البعيد بالتقريب سواء كان القريب من ولد الابوين أو من ولد الاب وحده فإن اجتمعوا في درجة واحدة فولد الابوين أولى لقوة قرابته بالام فلماذا قال ابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب والام وعلى هذا أباداهما بقي من بني الاخ أحد وإن سفل فهو أولى من العم لأنه من ولد الاب والعم من ولد الجد فإذا انقرض الاخوة وبنوم قليلات الاعمام ثم بينهم على هذا النسق إن استوت درجاتهم قدم من هو لابوين، فإن اختلفت قدم الاعلى وإن كان لاب ومهما بقي منهم أحد، وإن سفل فهو أولى من عم الاب لأن الاعمام من ولد الجد وأعمام الاب من ولد أب الجد فإذا انقرضوا فالمرثات لاعمام الاب على هذا النسق ثم لاعمام الجد ثم بينهم وعلى هذا أبداً لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وإن نزلت درجاتهم لما روي الحديث وهذا كله مجمع عليه بحمد الله ومنه

«مسئلة» قال (واذا كان زوج وأبوان أعطى الزوج النصف والام ثلث ما بقي وما بقي فلا لاب وإذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع والام ثلث ما بقي وما بقي فلا لاب) هاتان المسئلان بسميان العربيتين لأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء فأبجعه على ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى ذلك عن علي وبه قال الحسن واثوري ومالك والشافعي

لأن ثلث الباقي والمقاسمة في هذه المسئلة سواء فإن أعطيت الجد ثلث الباقي صححت من أربعة وخسين على ما ذكرنا وإن قاسم الاخوة أعطيت الام السدس سهماً يبقى خمسة مقسومة على الجد والاخ واختين على ستة فتضربها في أصل المسئلة تكن ستة وثلاثين للام ستة والجد عشرة وللختين للابوين ثمانية عشر يبقى سهمان على الاخ من الاب واخته لا يصح فإذا ضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانية ويرجع بالاختصار الى نصفها أربعة وخسين لأنها تتفق بالنصف ولهذا سميت مختصرة زيد ولو كان معهم اخ آخر من اب صححت من تسعين وتسمى تسعية زيد لأنها تدفع الى الام ثلاثة والى الجد ثلث الباقي خمسة والى الاختين للابوين تسعة يبقى سهم لاولاد الاب على خمسة لا تصح عليهم إذا ضربتها في ثمانية عشر تكن تسعين وهذا التفريع كله على مذهب زيد لكونه يورث الاخوة مع الجد

(فصل) ام اوجدة واختان وجد المقاسمة خير للجد ويبقى خمسة على أربعة وتصح من أربعة وعشرين ام واخ واخت وجد تصح من ستة للجد سهمان ام واخوان او اخ واختان او اربع اخوات

رضي الله عنهم وأصحاب الرأي، وجهل ابن عباس ثلث المال كله اللام في المستثنين لان الله تعالى فرض لما نالت عند عدم الولد والاخوة وليس هنا ولد وأخوة وروى ذلك عن علي وروى ذلك عن شريح في زوج وأبوين وقال ابن سيرين كقول الجاهلية في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لاننا لو فرضنا للام ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الاب ولا يجوز ذلك وفي مسألة المرأة لا يؤدي إلى ذلك واحتج ابن عباس بموضع قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلا تم الثلث) وقوله عليه السلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر والاب ههنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من الصعابة على مخالفة ولان الفريضة اذا جمعت أبوين وذا فرض كان اللام ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت وبخلاف الاب الجد لان الاب في درجتها والجد أعلى منها وما ذهب إليه ابن سيرين تفريق في موضع اجمع الصعابة على التسوية فيه ثم انه مع الزوج يأخذ مثلي ما أخذت الام كذلك مع المرأة قياساً عليه

« مسألة » قال (واذا كان زوج وأم واخوة لام واخوة لاب وأم فللزوجة النصف وللأم السدس وللأخوة من اللام الثلث وسقط الأخوة من الاب والام)

هذه المسئلة تسمى المشتركة وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعد آمن ولد الام وعصبة من ولد الابوين وانما سميت المشتركة لان بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الابوين

وجد المقاسمة وثلث الباقي سواء فان زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي وصحت من ثمانية عشر للام ثلاثة وللجد خمسة يبقى عشرة للأخوة والاخوات فتصح عليهم، بنت وأخت وجد للبنت النصف وما بقي بين الأخت والجد على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم لان المقاسمة ههنا احتل له وفي قوله رضي الله عنه للبنت النصف وللجد السدس والباقي للأخت وعند ابن مسعود الباقي بين الجد والأخت نصفين لان كل واحد منهما اذا انفرد اخذ المال بالتعصيب فاذا اجتمعا اقتسما كما لو كان مكانها اخ وأما علي فبني على اصله في ان الاخوات لا يقاسمن الجد وإنما يفرض لهن فلم يفرض لها ههنا لان الأخت مع البنت عصبة واعطي الجد السدس كما لو انفرد بها وجعل الباقي لها

ولنا ان الجد يقاسم الأخت فيما أخذ مثلها اذا كان معها اخ فكذلك اذا انفردت وهذه إحدى مبرعات ابن مسعود

(فصل) بنت واخ وجد للبنت النصف والباقي بين الاخ والجد نصفين وان كان معه أخته فالباقي بينهم على خمسة وان كان اخوان او اخ وأختان او اربع اخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة فان زادوا فلا حظ له في المقاسمة وبأخذ السدس والباقي لهم فان كانوا من الحيتين فليس لولد الاب

وولد الأم في فرض ولد الأم تقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحارية لأنه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الابن فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة؟ فشارك بينهم ويقال إن بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحارية لذلك واختلف أهل العلم فيها قديماً وحديثاً فذهب أحمد رضي الله عنه فيها إلى أن الزوج النصف والأم السدس وللأخوة من الأم الثلث وسقط الأخوة من الابن لأنهم عصبة وقد تم المال بالفروض . ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والعنبري وشريك وأبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر

وروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الابن وولد الأم في الثلث قسموه بينهم بالسوية المذكور . مثل حظ الانثيين وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما وإسحاق لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها فوجب أن يساووهم في الميراث فانهم جميعاً من ولد الأم وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزد من قرباً واستحقاقاً فلا ينبغي أن تسقطهم ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الابن لعمر وقد أسقطهم : هب أن أبهم كان حماراً فما زادهم ذلك الأقرباء فشارك بينهم وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قبيحاً فقال فريضته جمعت ولد الأب والأم وولد الأم وهم من أهل الميراث فإذا ورث ولد الأم وجب أن يرث ولد الأب والأم كما لو لم يكن فيها زوج ولنا قول الله تعالى (وان كان رجل بورث بكلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فليكمل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم

شيء والباقي لولد الابن بنت واختان وجد الباقي بين الجد والاختين على أربعة وتصح من ثمانية فان كن ثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة فان كن أكثر من أربع فله الثلث أو سدس الباقي والباقي لمن (فصل) بنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن وأخت وجد للبنتين الثلثان والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وتصح من تسعة وان كان مكاتها أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من ستة وان كان مكانه اختان صحت من اثني عشر ويستوي في هاتين المسألتين السدس والمقاسمة فان زادوا عن أخ أو عن اختين فرضت للجد السدس وكان الباقي لهم فان كان معهم أم أو جدة فللجد السدس ولا شيء للأخوة والأخوات

(فصل) زوج وأخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للاخت النصف وللجد السدس وطالت إلى سبعة وان كان مع الأخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وعندهما لها الثلثان وتمول إلى ثمانية وان كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين وان كان أخ وأخت أو ثلاث أخوات تاسمهم الجد وان كان أخوان أو من بعدهما استوى السدس والمقاسمة فان زادوا فرضت له السدس والباقي لهم فان كان زوج وبنت وأخت وجد للزوج الربع وللبنت النصف والباقي بينهما على

على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يبع كل واحد منها السدس فهو بخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهي قوله (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فلا ذكر مثل حظ الأنثيين) يراد به هذه الآية سائر الأخوة والأخوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم وقال النبي ﷺ «ألقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر» ومن شرك فلم يلبح الفرائض بأهلها ومن جهة المعنى أن ولد الابوين عصبة لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يستطرا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي لكل واحد عشر وعشره وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم لا يجوز لاثنتين استقامتهم وقولهم تساووا في قرابة الام قلنا فلم يساووهم في الميراث في هذه المسئلة؟ وعلى إذا نقول أن ساوهم في قرابة الام فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهذا الذي اختلفوا فيه هو المفتي لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابوين فان الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض وتأخير العصبة ولذلك تقدم ولد الام على ولد الابوين في القدر في المسئلة المذكورة وشبهها فكذلك يقدم وان سقط ولد الابوين كغيره ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها أن الاخ يسقط وحده فترث أخته السبع لان قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فبلا عدوه حادرا وورثوها مع وجوده كغيرها مع عدمه؟ وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحت قال الصبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الحبري وهذه وساطة مليحة وعبرة صحيحة وهو كما قال الا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع فانه وضع لشرع بالرأي من غير دليل

ثلاثة ويستوي السدس ههنا والمفاسمة فان زادوا على أخت فرضت للجد السدس والباقي لهم وان كان مع الزوج بنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سقطت الأخوة والأخوات وفرضت للجد السدس وطالت الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت وأخت وجد الباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فلن كان مكان الأخت اخ أو أختان فالباقي بينهم نصين وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين وإن زادوا فرض للجد السدس وانتقلت المسئلة إلى أربعة وعشرين ثم تصح على المتكسر عليهم وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم وجدة فرضت للجد السدس ويبقى للأخوة والأخوات سهم من أربعة وعشرين

(فصل) قال رضي الله عنه وللأم أربعة أحوال (حال) لما السدس وهي مع وجود الولد وولد الابن أو اثنين من الأخوة والأخوات (وحال) لما الثالث وهي مع عدم هؤلاء (وحال) لما ثلث ما بقي وهي زوج وأبوان وامرأة وأبوان لما ثلث الباقي بعد فرض الزوجين (وحال) رابع وهي إذا لم يكن لولدها أب لسكونه ولد زنا أو منتفيا بل مان فانه ينقطع بعصبته من جهة من قناه فلا يرثه هو ولا أحد من عصباته ،

٢٤ حكمنا إذا كان زوج وأم وأخوة وأخوات لأم وأخت لآب وأم وأخوات لآب (المفني والشرح الكبير)

ولا يجوز الحكم به لو انزرد عن المعارض فكيف وهو وفي مسئلتنا بخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ ومن المذهب الشافعي اليه هنا مع تحفظه القاهين اليه في غير هذا الموضع وقوله من استحسن قد شرع وموافقة الكتاب والسنة أولى .

(فصل) ولو كان مكلن ولد الابوين عصبة من ولد الاب سقط قولاً واحداً ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا لأنهم لم يساوا ولد الأم في قرابة الأم ولو كان مكانهم أخوات من ابوين أو من أب فرض لمن الثنتان وعالت المسئلة الي عشرة في قول الجيم الا في قول ابن عباس ومن تابعه ممن لا يرى العول قائم يردون النقص على الاخوات غير ولد الأم فمقتضى قوله سقوط الاخوات من ولد الابوين كما لو كانوا أخوة وسنين أن البواب خلاف ذلك ان شاء الله تعالى .

(فصل) إذ قيل امرأة خلفت أمًا وابني عم أحدهما زوج والآخر أخ من أم وثلاثة أخوة متفرقين قتل هذه المشتركة للزوج النصف وللأم السدس وللآخرين من الأم الثلث وسقط الاخوات من الابوين والآب ومن شرك جعل للآخ من الابوين تسع ولكل واحد من الآخرين من الأم تسعاً

«مسئلة» قال واذا كان زوج وأم وأخوة وأخوات لأم وأخت لآب وأم وأخوات لآب فللزوج النصف وللأم السدس وللأخوة والأخوات من الأم الثلث بينهم بالتسوية وللأخت من الآب والأم النصف وللأخوات من الآب السدس

أما التسوية بين ولد الأم فلا نعلم فيه خلافاً الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الانثى لقول الله تعالى «فهم شركاء في المال» وقال في آية أخرى (وان كانوا أخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين)

وجمته أن الأم لما الاربة الاحوال المذكورة اما استحقاتها الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنتين من الاخوة والاخوات من أي الجهات كانوا فلا نعلم في ذلك خلافاً بين أهل العلم ، وقد دل عليه قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) وأما استحقاتها السدس اذا كان للميت ولد أو ولد ابن أو ابنتين من الاخوات فهو قول الجمهور ، وقال ابن عباس لا يحجب الأم عن الثلث إلى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة ، وحكي ذلك عن معاذ لقول الله تعالى (فان كان له إخوة فلأمه السدس) وأقل الجمع ثلاثة وروي أن ابن عباس قال لثمان رضي الله عنهما ليس الاخوان إخوة في لسان قومك فلم يحجب بهما الأم ؟ فقال لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به ولنا قول ههنا قانه يدل على الاجماع ثم هو قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين الاخوات من الآب والاخوة يستعمل في الاثنين قال الله تعالى (فان كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) وهذا

ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) فسوى بين الذكر والانثى وقوله (فهم شركاء في الثلث) من غير تفضيل لبعضهم على بعض يقتضي التسوية بينهم كالأول ومضى لهم بشيء أو أقر لهم به . وأما الآية الأخرى فالمراد بها ولد الابن وولد الابن بدليل أنه جعل للواحدة النصف والاثنتين الثلثين وجعل الأخ يرث أخته الكل ثم هذا مجرم عليه ولا عبرة بقول شاذ وتورث ولد الأم ههنا الثلث والام السدس والزوج النصف تسمية لا خلاف فيها أيضاً

وقد اجتمع في هذه المسئلة فروض يضيق المال عنها فإن النصف للزوج والنصف للاخت من الابوين بكل المال بهما ويزيد ثلث ولد الأم وسدس الأم وسدس الاخت من الأب فتعول المسئلة بثلاثيها وأصلها من ستة أسهم فتعول الى عشرة وتسمى أم الفروع لكثرة عولها شبهوا أصلها بالأم وعولها بفروعها وليس في الفرائض مسئلة تقول بثلاثيها سوى هذه وشبهها ولا بد في أم الفروع من زوج واثنين فصاعداً من ولد الأم وأم أو جدة واثنين من ولد الابن أو الأب أو أحدهما من ولد الابن والاخرى من ولد الأب فتى اجتمع فيها هذا عالت الى عشرة ومعنى العول أن تزدهم فروض لا يتسع المال لها كذه المسئلة فيدخل النقص عليهم كهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفائهم ومال الميت بين أرباب الدينون اذا لم يقفها والثلث بين أرباب الوصايا اذا عجز عنها وهذا قول عامة الصحابة ومن تبعهم من العلماء رضي الله عنهم يروى ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد ، وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وأصحابه وإسحاق ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم الا ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها . نقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وعطاء وداود فانهم قالوا لا تعول المسائل

الحكم ثابت في أخ وأخت ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً فيصرف اليه بالدليل ولا فرق في حجتها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (أخوة) وهذا يقع على الجميع لقوله تعالى (وإن كانوا أخوة رجالاً ونساء) ففسرهم بالرجال والنساء ، وأما استحقاقها لثلث الباقي في زوج وأبوين وامرأة وأبوين فهاتان المسئلتان تسمى العربيتين لأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك فاتبعته عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى ذلك عن علي . وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجعل ابن عباس ثلث المال كله للأم في المسئلتين لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والأخوة وليس ههنا ولد ولا أخوة وروى ذلك عن علي ويروى عن شريح ذلك في زوج وأبوين ، وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لا تنا لو فرضنا للأم ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الأب ولا يجوز ذلك وفي

روي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم: من شاء، بآهله أن المسائل لا تقول، إن الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفنا ونصفنا وثلاثاً هذان نصفان ذهباً بالمال فأين موضع الثلث؟ فسميت هذه المسئلة مسألة المباحلة لذلك وهي أول مسألة عاتلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس أرى أن تقسم المال بينهم على قدر شهادتهم فأخذ به عمر رضي الله عنه واتبعه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبد الله بن عبد الله ابن عتبة قال لقيت زفر بن أوس البصري فقال نخفي إلى عبد الله بن عباس نتحدث عنده فأئتناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه أنه قال سبعمائة الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يجعل في مال نصفنا ونصفنا وثلاثاً ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث؟ وأيم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله ما عالت فريضة أبداً فقال زفر فمن الذي قدمه الله ومن الذي أخره الله؟ فقال الذي أهبطه من فرض إلى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض إلى ما بقي فذلك الذي أخره الله فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب فقلت لا أشرت عليه؟ فقال هبته وكان أمراً مريباً قوله من أهبطه من فريضة إلى فريضة فذلك الذي قدمه الله يريد أن الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يجب إلى فرض آخر لا ينقص منه وأما من أهبطه من فرض إلى ما بقي يريد البنات والأخوات فانهن يفرض لمن فإذا كان معهن أخوتهن ورثوا بالنصيب فكان لهم ما بقي قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض إذا ازدحمت رد النقص على البنات والأخوات

ولنا أن كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فإذا ازدحموا وجب أن يتقسموا على قدر الحقوق كأصحاب الديون والوصايا، ولأن الله تعالى فرض للنصف كما فرض للزوج النصف وفرض للاختين الثلثين كما فرض للثلاث للاختين من الام فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله

مسئلة الزوجة لا يؤدي إلى ذلك واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) وقوله عليه السلام «ألقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلا ولي رجل ذكر» والاب ههنا عصبية فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد

قال شيخنا: والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على مخالفته ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وإذا فرض كان للام ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت ويخاف الأب الجد لأن الأب في درجتها والجدة أعلى منها، وما ذهب إليه ابن سيرين تقريظ في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ثم أنه مع الزوج يأخذ مثل ما أخذت الام، كذلك مع المرأة قياساً عليه، فأما الحال الرابع وهي إذا كان ولدها منفياً بلعان فإن الرجل إذا لا عن امرأته واتى منه ولدها وفرق الحاكم بينهما اتنى ولدها عنه وانقطع نصيبه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصبائه ورث أمه وذوو الفروض منه فوضهم وينقطع التوارث بين الزوجين لا نعلم بين أهل العلم في هذه المسئلة خلافاً فأما أن مات أحدهم قبل تمام

تعالى عليه بالرأي والتحكم ولم يكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون . وقد يلزم ابن عباس على قوله مسئلة فيها زوج وأم وأخوان من أم فإن حجب الام الى السدس خالف مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الاخوة وان نقص الآخرين من الام رد النقص على من لم يبطله الله من فرض الى ما بقي . وان أعاد المسئلة رجع الى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلاً بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الامصار في القول بالعدل بحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس للصحابة في خمس مسائل اشتهر قوله فيها (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال فيها (والثالثة) أنه لا يحجب الام الا بثلاثة من الاخوة (الرابعة) لم يجعل الاخوات مع البنات عصبه (الخامسة) انه لا يعزل المسائل ، فهذه الخمس محت الرواية عنه فيها ، واشتهر عنه القول بها ، وشذت روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى

(مسئلة) قال (وإذا كانا ابنا عم أحدهما أخ لأم ففلاخ للام السدس وما بقي بينهما نصفين)

هذا قول جمهور الفقهاء يروى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على ذلك ويروي ذلك عن علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم . وقال ابن مسعود : المال للذي هو أخ من أم وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وأبو ثور لانها استويا في قرابة لاب وفضله هذا بأمر فصار كأخوين أو ميتين أحدهما لابوين والآخر لاب ولأنه لو كان ابن عم أخوين وابن عم لاب كان ابن العم للابوين أولى فاذا كان قربه لكونه من ولد الجدة قدومه فكونه من ولد الام أولى ، ولنا ان الاخوة من الام يفرض له بها اذا لم يرث بالتعصيب وهو اذا كان معه أخ من

اللعان بين الزوجين ورثه الآخر في قول الجمهور ، وقال الشافعي اذا أكل الزوج لمانه لم يتوارثا وقال مالك إن مات الزوج بعد لمانه فان لاعت المرأة لم ترث ولم تحدد ، وان لم تلعن ورثت وحدت وإن ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جهميم إلا الشافعي فان تم اللعان بينهما فأت أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما لم يتوارثا في إحدى الروايتين ، وهو قول مالك وزفر ، وروي نحو ذلك عن الزهري وربيعة والاوزاعي وداود لان اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع (والثانية) يتوارثان ما لم يفرق الحاكم وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج الى تفريقه وان فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور ، وقال أبو حنيفة وصاحبه ان فرق بينهما بعد أن تلعنا ثلاثاً وقعت الفرقة وانقطع التوارث لانه وجد منهما معظم اللعان وان فرق بينهما قبل ذلك لم ينقطع التوارث ولم تقع الفرقة

٢٨ حكم ما إذا كان ابنا عم أحدهما أخ من أم وبنت أو بنت ابن (المغني والشرح الكبير)

أبو بن أد من أب وعم وما يفرض له به لا يرجع به كالأول كان أحدهما زوجاً ، وبخارق الاخ من الابوين والعم وابن العم إذا كانا من أبوين فإنه لا يفرض له قرابة أمه شيء فرجع به ولا يجتمع في احدى القرايتين ترجيح وفرض

(فصل) فان كان معهما أخ لأب فللاب من الام السدس والباقي للاب من الاب فان كان معهما أب من أبوين فكذلك وان كان ابن عم لابوين وابن عم هو أخ لأم فعلى قول الجمهور للاخ السدس والباقي للآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم

(فصل) فان كان ابنا عم أحدهما أخ من أم وبنت أو بنت ابن فللبنات او بنت الابن النصف والباقي بينهما نصيبين وسقطت الاخوة من الام بالبنت ولو كان الذي ليس بأخ ابن عم من ابوين أخذ الباقي كله كذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المثلثين بدليل أن الاخ من الابوين يتقدم على الاخ من الاب بقرابة الام فان كان في الفريضة بنت تحجب قرابة الام ، وحكي عن سعيد ابن جبير أن الباقي لابن العم الذي ليس بأخ ، وان كان من أب لانه يرث بالقرايتين ميراثاً واحداً فاذا كان في الفريضة من يحجب احدهما سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم يرث بقرابة الام بدليل مسألة المشرقة

ولنا على ابن مسعود أن البنت تسقط الميراث بقرابة الام فبقي النصيب منفرداً يرث به وطرق ولد الابوين فان قرابة الام ثم يرجع بها ولا يفرض لها فلا يؤثر فيها ما يحجبها ، وفي مثلثنا يفرض له بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو أخ من أب وبنت لحجبت البنت قرابة الام ولم ترث بها شيئاً فكان للبنت النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنت لورث لكونه أخاً من أم السدس فاذا حجبت البنت مع الاخ من الاب وجب أن تحجب به في كل حال

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان أشبه التفريق قبل الثلاث وهذا الخلاف في توارث الزوجين ، قال الولد قال صحيح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم لان اتقاء بنفيه لا بقول الحاكم فرقت بينهما فان لم يذكره في اللعان لم ينصف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما ، وقال أبو بكر ينتفي بزوال الفرائض لان النبي صلى الله عليه وسلم نفى الولد عن الملاعن والحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه ، ويحقق ذلك أن الولد كان حملاً في البطن فقال النبي صلى الله عليه وسلم «الظروها فان جاءت به أحيمر كأنه وحره حمش الساقين فلا أراه إلا قد كذب عليها» وإن جاءت به جعداً جمالياً خذل الساقين سايق الاليتين فهو للذي رميت به » فأنت به على التمسك المكروه (مسألة) (وعصبته عصبه أمه وعنه أنها هي عصبته)

اختلف أهل العلم في ميراث الولد الذي باللعان فروي عن أحمد فيه روايتان . (احداها) : ان عصبته عصبه أمه ، نقلها الأثرم ، وحنبلي يروي ذلك عن علي وابن عباس وابن عمر ، وبه قال الحسن

لان المحجب بها لا بالاخ من الاب وما ذكره جبير ينتقض بالاخ من الابوين مع البنت
وبان العم اذا كان زوجا وسعة من محجب بني العم ولا نسلم أنه يرث ميراثا واحدا بل يرث بقراه
ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج ، وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث الاميراثا
واحدا فان قرابة الام لا يرث بها مفردة

(فصل) لفصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه إحداها (والثانية) في بنت وبنت ابن
وابن ابن الباقي عنده للابن دون أخواته (الثالثة) في أخوات الابوين وأخوات لاب الباقي عنده للاخ
دون أخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنت ابن عنده ابنت الابن الا ضربهن من السدس أو
المقاسمة (الخامسة) أخت لابوين وأخ وأخوات لاب للأخوات عنده الا ضربهن من ذلك (السادسة)
كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقائنين ولا يورثهم

(فصل) ابن ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود
الكل للاخ وسقط الآخر وان كان أحدهما ابن أخ لام فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ للام
من ذوي الارحام ، وإن كان عمان (أحدهما) خال لام لم يرجع بمخولته وقيل على قياس قول ابن مسعود
وجهان (أحدهما) لا يرجع بها (والثاني) يرجع بها على العم الذي هو من اب يأخذ المال لانه ابن
الجد والجدة والآخر ابن الجد لأغير ، وان كن العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما
يدلي بمجدة ومما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال فاما على
قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج فللزوجة النصف والباقي بينهما نصفين عند الجميع فان كان الآخر
أخا من أم فللزوجة النصف وللأخ السدس والباقي بينهما أصلا من ستة للزوج أربعة وللأم اثنان ،

وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي والحكم وحماة والثوري والحسن ابن صالح
إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الارحام أحق من لا سهم له وقدم الرد على غيره . (والرواية
الثانية) : ان الام عصبته فان لم تكن فصبتها عصبته ، نقلها أبو الحارث ومها ، وهذا قول ابن مسعود ،
وروي عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم
جعل ميراث ابن الملائنة لأمه ولورثتها من بعدهما ورواه أيضاً مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم
مرسلاً وروي وأثلة بن الاسقم عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تحوز المرأة ثلث موارث عتيقها
ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه » وعن عبد الله بن عبيد بن عمير قال : كتبت إلى صديق لي من أهل
المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملائنة لمن قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب إلي إني
سألت فأخبرت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى به لأمه هي بمنزلة أبيه وأمه رواه أبو داود ولانها
قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه اليها فقامت مقامهما في حيازة ميراثه ولان عصبات الام أدلوا بها

وترجع بالاختصار الى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي الاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم .
ثلاثة بني عم أحدهم زوج والاخر أخ من أم فلزوج النصف وللأخ السدس والباقي بينهما على ثلاثة
أصلها من ستة يضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر فلزوج النصف تسعة والأخ ثلاثة يبقى ستة بينهم
على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهي النصف والتسع وللأخ خمسة وهي السدس والتسع ،
وثالث التسع سهمان فان كان الزوج ابن عم لا يوين فالباقي كله له وان كان هو وثالث من أبوين
فالثالث الباقي بينهما وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس ، وابن مسعود في
جميع ذلك يجعل الباقي بعد فرض الزوج لذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثالث بينهما والباقي لابن العم وتصح من ستة لابن العم
خمسة والاخر سهم ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة أخوة أحدهم ابن عم فالثالث بينهم
على ثلاثة والباقي لابن العم وتصح من تسعة وان كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث
بينهما وتصح من تسعة

(فصل) ثلاثة إخوة لام أحدهم ابن عم وثلاثة بني هم أحدهم أخ لام فاضم واحداً من كل عدد
الى العدد الآخر يصير معك أربعة بني عم وأربعة أخوة فهم ستة في العدد وفي الأحوال ثمانية ثم اجعل
الثلاث الاخوة على أربعة والثنتين على بني العم على أربعة فتصح من اثني عشر لكل أخ مفرد سهم
ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لها النصف وللاربعة الباقين النصف
وعلى قول عبد الله للأخوة الثلث والباقي لابني العم الذين هما اخوات والله أعلم

فلم يروا معها كأقارب الأب معه وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعة كما يورث من غير ابن الملاعة
ولم يجعلها عصبه ابنتها ولا عصبته عصبته، فان كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاها
فان لم تكن مولاة جعل لبيت المال ، وعن ابن عباس نحوه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان
ابن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري وربيعة وأبو الزناد ومالك وأهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه
وأهل البصرة إلا أن أبا حنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوي الارحام أحق من بيت المال لان الميراث إنما يثبت
بالنص ولا نص في توريث الام أكثر من الثلث ولا في توريث أخ من أم أكثر من السدس ولا في
توريث أبي الام واشباهه من عصبات الام ولا قياس أيضاً فلا وجه لاثباته ووجه الرواية الاولى
قول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا القرائض بأهلها فما بقي فلا ولي رجل ذكر» وأرلى الرجال به أقارب أمه
وعن عمر رضي عنه أنه ألحق ولد الملاعة بعصبه أمه وعن علي رضي الله عنه أنه لما رجم المرأة دعا أولياءها
فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى جنابة فعليكم ، حكاه الامام أحمد عنه ولان الام لو كانت
عصبه كأبيه لحجبت اخوته ولان مولاها مولى أولادها فيجب أن يكون عصبته عصبته كالأب
(مسئلة) (فاذا خلف أما وخالا فللام الثلث بلا خلاف والباقي للخال)

(باب أصول سهام الفرائض التي تعول)

معى أصول المسائل الخارج التي تخرج منها فروضها وأصول المسائل كلها سبعة لان الفروض المحدودة في كتاب الله تعالى ستة : النصف والرابع والثلث والثلثان والثلث والسدس ، ومخرج هذه الفروض مفردة خمسة لان الثلث والثلثين مخرجها واحد والنصف من اثنين والثلث والثلثان من ثلاثة والرابع من أربعة والسدس من ستة والثلث من ثمانية والرابع من ثمانية أو الثلث أو اثنين من اثني عشر والثلث من ثمانية أو اثنين من أربعة وعشرين فصارت سبعة . وهذه الفروض نوعان (أحدهما) النصف ونصفه ونصفه (والثاني) الثلثان ونصفهما ونصف نصفهما . وكل مسألة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجها وان كان فيها فرضان يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فأصلها من مخرج أقلامها ، وان كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فأصرب أحد المخرجين في الآخر أو وفقه فما بلغ فهو أصل المسئلة وفيها يكون العول لان العول انما يكون في مسألة تزيد فيها الفروض ولا يتسم المال لها فكل مسألة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فأصلها من ستة لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة وهكذا سائرهما والمسائل على ثلاثة أضرب : عادة وعائلة ورد ، فالعادة التي يستوي مالها وفروضها ، والعائلة التي تزيد فروضها عن مالها ، والرد التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصة فيها وسنذكر أمثلة هذه الأضرب في هذا الباب بعون الله

لانه نصبة أمه ، وعلى الرواية الاخرى الكل للام وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقه الا أن ابن مسعود يعطيها لإياه لكونها عصبة والباقي بالرد وعن زيد الباقي لبيت المال فان كان معها أخ لام فله السدس والباقي له ان قلنا لانه العصة على الرواية الاولى وعلى الاخرى الكل للام ولا شيء للخال على الروايتين ، فان كان معها مولى أم فلا شيء له عندنا وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة الباقي له وان لم يكن لأمه عصة الا مولاهما فالباقي له اذا قلنا عصبتها عصبة وعلى الرواية الاخرى هو للام وهو قول ابن مسعود لأنها عصة ابنها

(فصل) فان لم يخلف الا أمه فلها الثلث فرضاً والباقي بالرد وهو قول علي وسائر من يرى الرد وفي الرواية الاخرى لما الباقي بالتصيب فان كان مع الام عصة لما فهل يكون الباقي لما أو له على روايتين ذكرناهما فان كان لها عصبات فهو لافترس منها على الرواية الاولى فاذا كان معها أبوها وأخوها فهو لا يها فان كان مكان الاب جد فهو بين أخيها وجدها نصفين فان كان معهم ابنها وهو أخوه لأمه فلا شيء لآخيه ويكون لأمه الثلث ولآخيه السدس ولآخيه الباقي أو ابن أخيه وان خلف أمه وأخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لآخيه دون أخته وان خلف ابن أخيه وبنت أخيه أو خاله

﴿مسئلة﴾ قال (وما فيه نصف وسدس أو نصف وثلث أو نصف وثلثان فأصلها من ستة وتعمل إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة ولا تعمل أكثر من ذلك)

أما إذا كان نصف وسدس فإن مخرج النصف اثنان ويوجد ذلك في مخرج السدس وهو الستة فكان أصلها جميعاً ستة وهكذا لو كان سدس وثلث أو ثلثان فأصلها من مخرج السدس لا يزيد عليه وإن اجتمع النصف والثلثان أو الثلث فإن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ولا وفق بينهما فأضرب أحد المحرجين في الآخر تكن ستة وبصير كل كسر بمد مخرج الآخر ويدخل العول هذا الأصل لزدحام الفروض فيه وهو أكثرها عولاً والعول زيادة في السهام وتقصان في أنصباها الورثة وأمثله ذلك : زوج وأم وأخ من أم أصلها من ستة ومنها تصح زوج وأم وأخوان من أم، بنت وأم وعم أو عصبة ثلاث أخوات متفرقات وأخ من أم أو أم أو جدة ، أبوان وبنتان بنت وأبوان، بنت وبنت ابن وأبوان أو جد وجدة، العول زوج وأختان من أبوين أو من أب أو أحدهما من أبوين والآخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم أصلها من ستة وتعمل إلى سبعة زوج وأخت وجدة أو أخ لام، ست أخوات متفرقات وأم أخت لأب وأم وأخت لاب وأم وأخوان لام، عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف والأخت النصف وللأم الثلث سهمان تعمل إلى

وخالته فالباقي للذكر وإن خلف أخته وابن أخته فلاخه السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية الأخرى الكل للام في هذا الموضع

(فصل) ابن ملائعة مات وترك بنتاً وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فإن كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (أحدهما) للمولى وهو قول الأكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود فإن لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في إحدى الروايتين والأخرى هو للام فإن كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والأخرى هو للام ، بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أبو أم أو غيرهم من المصبات للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة وإن كان معها أخ أو أخت أو ابن أخ وأخته أو خال وخالة فالباقي للذكر وحده في قولهم وقال أبو حنيفة وأصحابه المال للبنت بالفرض والرد ورووا ذلك عن علي عليه السلام أنه جمل ذا السهم أحق من لا سهم له وأنه ورث ابن ملائعة ذوي أرحامه كما يرثون من غيره قال ابن اللبان وليس هذا محفوظاً عن علي إنما المشهور عنه قوله لا ولياء المرجومة عن ابنها : هذا إنكم ترثونه ولا يرثكم فإن جنى جناية فليكنم وفسر القاضي قول أحمد أن لم يكن أم نعمصبتها عصبتها بتقديم الرد على عصبة الام كقوله في أخت وابن أخ المال كله للاخت قال شيخنا وهذا تفسير لسكلام يصد ما يقتضيه وحمل للفظ على خلاف ظاهره وإنما هذه الرواية كذهب ابن مسعود ورواية الشعبي

ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو أخ من أم فهي من ثمانية أيضاً (عول تسعة) زوج وست أخوات مفترقات تعول الى تسعة وتسمى القراء، تزوج أم وثلاث أخوات مفترقات تعول الى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها لانها عالت بثلاثها فشيروا الاصل بالأم والعول بالفروخ . ويروي أن رجلاً جاء الى شريح فقال ان امرأتي ماتت ولم تترك ولداً فكم لي من ميراثها ؟ قال لك النصف فن خلفت ؟ قال خلفت أمها وأختيها من أبيها وأختيها من أمها وأبا قال لك ثلاثة أسهم من عشرة فخرج الرجل فقال ألا تعجبون من قاضيكم ؟ قال لي النصف فوالله ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً ، فقال له شريح الا انك تراني قاضياً ظالماً وانا اراك رجلاً ناجراً أنكتم القصة ونذيع الفاحشة ، وتعي عالت المسئلة الى تسعة أو الى عشرة لم يكن الميت امرأة لانها لا يلد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسئلة الى أكثر من هذا ولا يمكن أن يجتمع فروض أكثر من هذا . وطريق العمل في العول ان تأخذ الفروض من أصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فما بلغت السهام قاله ينتهي فتقول في زوج وأم وست أخوات مفترقات المزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم وللأختين اثنتان أربعة والأختين من الأم الثلث سهمان صارت عشرة

عن علي وعبد الله أنهما قالوا لعصبة ابن الملاعة أمه تراث ماله أجمع فان لم يكن أم فمصبتها بعصبة: امرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجددة السدس وللأختين الثلث والباقي لابن الاخ في الروايتين جميعاً، وقال أبو حنيفة الباقي يرد على الأختين والجددة وهو قول القاضي في الرواية الثانية : أبو أم وبنت وابن أخ وبنت أخ الباقي لابن الاخ وحده ويحتل يكون لاب الأم سدس باقي المال وخمسة أسداسه لابن الاخ، وقال أبو حنيفة المال بين أبي الأم والبنت على أربعة بالفرض والرد

(فصل) فان لم يترك ابن الملاعة ذا سهم فالمال لمصبة أمه في قول الجماعة وقد روي ذلك عن علي وقال أبو حنيفة وأصحابه هو بين ذوي الارحام كيراث غيره ، ورووه عن علي وذلك مثل خال وخالة وابن أخ وأخته المال للذكر وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المسثلين نصفين: خالة لأب وأم وخال لأب المال للخال وقال أبو حنيفة هو للخال : خالة وبنت بنت المال بينهما على أربعة، وإذا لم يخلف ابن الملاعة الا ذا رحم فخسبهم في ميراثه كحسبهم في ميراث غيره على ما نذكره

(فصل) وإذا قسم ميراث ابن الملاعة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقصت القسمة، وقال أبو حنيفة لا يباحقه النسب بعد موته الا ان يكونا توأمين مات احدهما واكذب نفسه والاخ باق فيلحقه لسب الباقي والميت معا وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المتني بالعمان توأمين ولهما أخ آخر من الزوج لم ينفقه مات أحد التوأمين فيراث توأمه منه كيراث الآخر في قول الجمهور وقال مالك يرثه توأمه كيراث أخ لابوين لانه أخوه لا يوبه بدليل أن

(مسئلة) قال (وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلاث أو ربع وثلاثان فأصلها من اثني عشر وتعول الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر ولا تعول إلى أكثر من ذلك)

أما كان أصلها من اثني عشر لأن مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا وفق بينهما فإذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فإن كان مع الربع سدس فبين الستة والأربعة موافقة وإذا ضربت وفق أحدهما في الآخر صار اثني عشر، ولا بد في هذا الأصل من أحد الزوجين لأنه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضا لغيرهما. وأمثلة ذلك: زوج وابنتان وأخت وعصبة: امرأة وأختان للأبوين أو لاب أو أختان لأم وعصبة: امرأة وإخوان لأم وسبعة أخوة لاب. العول زوج وابنتان وأم تعول الى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات: زوج وإخوان وابنتان تعول الى خمسة عشر: امرأة وأختان من أب وأختان من أم: امرأة وأم وست أخوات مفترقات تعول الى سبعة عشر: ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثان لاب تعول الى سبعة عشر ويصح لكل واحدة منهن سهم ونسعى أم الأرامل ويعايلها فيقال سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة اقتسم مال ميت بالسوية لكل امرأة سهم وهي هذه ولا يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذا ولا يمكن أن يكمل هذا الأصل بفروض من غير عصبة ولا عول

الزوج لو أقر بإحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

ولنا أنهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان إليه فأشبهنا توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا إذا استلحق أحدهما لأنه ثبت باستلحاقه أنه أبوهما

(فصل) قولهم ان الأم عصبة ولدها أو ان عصبتها عصبة إنما هو في الميراث خاصة كقولنا في الاخوات مع البنات. فعلى هذا لا يعقلون عنه ولا تثبت لهم ولاية الزوج ولا غيره هذا قول الأكثرين وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا ولياء المرجومة في ولدها هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى فمليكم وروي هذا عن عبدالله وابراهيم

ولنا أنهم إنما ينتسبون إليه بقراءة الأم فلم يعقلوا عنه ولم تثبت لهم ولاية الزوج كما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات، فاما ان اعتق ابن الملاعة عبداً ثم مات ثم مات المولى وخلف ام مولاة واخا مولاة احتمل ان يثبت لهما الارث بالولاء لان التعصيب ثابت وحكي ذلك عن ابي يوسف، وهل يكون للام أو للاخ؟ على الروايتين، ويحتمل ان لا يثبت لهما ميراث لان النساء لا يرثن من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن فكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للإجماع الأول يبطل بالاخوات مع البنات ومن عصبن اخوهن من الاناث

(مسئلة) (وإذا مات ابن الملاعن وخلف امه وجدته فلامه الثلث والباقي للجدّة على احدى

ولا يمكن ان تعول الا على الافراد لان فيها فرضا يباين سائر فروضها وهو الربيع فانه ثلاثة وهي فرد وسائر فروضها يكون زوجا فالسدس اثنان والثالث أربعة واثنان ثمانية والنصف سنة ومتى عالت الى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلا

(مسئلة) قال (وما كان فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدس أو ثمن وثلاثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين ولا تدول الى أكثر من ذلك)

إنما كان كذلك لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين أو في وفق مخرج السدس فيكون أربعة وعشرين ولم تقل ثمن وثلاث لان الثالث لا يجتمع مع الثمن فانه لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسئلة فيها ولد لانه لا يكون الا لولد الام والولد يستعظم أو الام بشرط عدم الولد ومسائل ذلك : امرأة وأبوان وابن أو ابنان أو بنون وبنات : امرأة وابنتان وأم وعصبة : ثلاث نسوة وأربع جدات وستة عشر بنتا وأخت : امرأة وبنت ابن وجدة وعصبة : العول امرأة وأبوان وابنتان تعول الى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لانها أقل الاصول عولا لم تفل الا بشئها وتسمى المنهية لان عليا رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار ثمنها تسعة ومضي في خطبته . يعني ان المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميت

الروايتين وهذه جدة ورثت مع ام أكثر منها)

إذا مات ابن ابن الملائنة وخلف امه وام ابيه فلامه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي وعلى الرواية الاخرى الباقي لام ابيه لانها عصبة ابيه وهذا قول ابن مسعود وبما يابها فيقال : جدة ورثت مع ام أكثر منها وان خلف جدتيه فالمال بينهما بالفرض والرد على قول علي وفي قول ابن مسعود لها السدس فرضا بينهما وباقي المال لام ابيه : ام ام وخال اب ، لام الام السدس وفي الباقي قولان (احدهما) انه لها بالرد (والثاني) لخال الاب وفي قول علي السكك للجدة : خال وعم وخال اب وابو ام اب المال للعم لانه ابن الملائنة فان لم يكن عم فلا يبي ام الاب لانه ابوها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن فلخال لانه ذو رحمه : بنت وعم للبنت النصف والباقي للعم وفي قول علي السكك للبنت لانه يقدم الرد على توريث عصبة امه : بنت وام وخال المال بين البنت والام على أربعة بالفرض والرد ولا شيء للخال لانه ليس بعصبة الملائنة ، ولو كان بدل الخال خال اب كان الباقي له لانه عصبة الملائنة ، فأما ابن ابن ابن الملائنة فإذا خلف عمه وعم ابيه فالمال لعمه لانه عصبة وهذا ينبغي ان يكون اجماعا ، وقد قال بعض الناس يحتمل ان يكون عم الاب اولى لانه ابن الملائنة وهذا غلط بين لان المصبات انما يعتبر اقربهم من الميت لامن آباءه ، وإن خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس ينهن والباقي يرد عليهن في إحدى الروايتين وهو قول علي . وفي الثانية لام ابي ابيه وهو قول ابن مسعود وإن خلف اده وجدته وجدة ابيه فلامه الثلث

في هذا الأصل إلا رجلاً لأن فيها غنا ولا يكون إلا للمرأة مع الولد ولا يمكن أن يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذا إلا على قول ابن مسعود فإنه يحجب الزوجين والام بالولد والكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه ، فعلى قوله إذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلثان أربعة وعشرون والام والمرأة السدس والثلث سبعة فتمول إلى أحد وثلثين

(فصول في تصحيح المسائل)

وإذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة إلا أن يوافق عددهم سهام بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء فيجزئك ضرب وفق عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ منه تصح فاذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم ، وإن شئت قلت إذا كان الكسر على فريق واحد فلو احدثهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم قبل التصحيح أو وقته إن كان وافق ، مثال ذلك : زوج وأم وثلاثة أخوة أصهاراً من ستة أزواج النصف ثلاثة والام السدس سهم بقي للأخوة سهمان لانه قسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو ثلاثة في أصل المسئلة تكن ثمانية عشر سهماً ، أزواج ثلاثة في ثلاثة تسعة والام سهم في ثلاثة ثلاثة وللأخوة سهمان في ثلاثة تكن ستة لكل واحد منهم سهمان ، ولو كان الأخوة ستة وافقهم

ولا شيء لجده وفي الباقي روايتان (إحداهما) يرد على الأم (والثانية) لجدة أبيه ، وإن خلف خاله وخال أبيه وخال جده فاللح لخال جده فإن لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه ، فأما ولد بنت الملاءنة فليست الملاءنة عصبه لهم في قول الجمهور لأن لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملاءنة ولو اعتقت بنت الملاءنة عبداً ثم مات ثم مات المولى وخلفت أم مولاه وراثت مال المولى لأنها عصبه لبنتها والبنت عصبه لمولاه في أحد الوجهين وقد ذكرناها في ابن الملاءنة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملاءنة على ما ذكرنا من الأقوال والاختلاف إلا أن الحسن بن صالح قال عصبه ولد الزنا سائر المسلمين لأن أمه ليست فراشاً بخلاف ولد الملاءنة ، والجمهور على التسوية بينهما لانهما لا يقطع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا أن ولد الملاءنة يلحق بالملاعن إذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور ، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطي إذا أقيم عليه الحد ويورثه وقال إبراهيم يباحقه إذا جلد الحدة أو ملك الموطوءة وقال اسحاق يباحقه وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروي علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحمت منه أن يتزوجها مع حملها ويستتر عليها والولد ولده وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه أنه لا يباحقه وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه

سهامهم بالنصف فردهم الى نصفهم ثلاثة وتعمل فيها كعملك في الاولى سواء ولكل واحد من الاخوة سهم وهو وفق سهام جماعتهم

(فصل) وان كان الكسر على فريقين لم تخل من اربعة اقسام [أحدها] أن يكون العدان مئاثنين فيجزئك ضرب أحدهما في المسألة ومثال ذلك : زوج وثلاث جدات وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج ثلاثة وللجدات سهم وللأخوة سهمان فتضرب أحد العددين في المسألة تكن ثمانية عشر وطريق القسمة فيها مثل طريقها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء ولو كان الاخوة ستة وافقوا سهمهم بالنصف رجعوا إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العدان متناسبين وهو أن يكون أحدهما ينسب الى الآخر بجزء من أجزائه كضعفه وثله أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب العدد الاكثر منهما في المسألة ، ومثاله ما لو كان الجدات في هذه المسألة ستا فان عدد الاخوات نصف عدد الجدات فاجزئي بعددهن واضربه في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين ومنها تصح ، ولو كان عدد الاخوة ستة وافقهم سهامهم بالنصف ورجعوا الى ثلاثة وعملت على ما ذكرنا

(القسم الثالث) أن يكون العدان متباينين لا يماثل أحدهما الآخر ولا يناسبه ولا يوافقه مثل أن يكون عدد الجدات أربعاً والاخوة ثلاثة فانك تضرب عدد أحدهما في جميع الاجزاء فما بلغ

فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشاً أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره والله أعلم
(فصل) قال رحمه الله (وللجدات السدس واحدة كانت أو أكثر إذا تجاوزن)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم تكن أم لليت وحكي غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الأم لأنها تدلي بها فقامت مقامها عند عددها كالجد يقوم مقام الأب ولنا ما روى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب ميراثها فقال مالك في كتاب الله شيء وما أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن شيئاً أرجعي حتى أسأل الناس فقال المغيرة بن شعبه حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس فقال هل معك غيرك؟ فشهد له محمد بن مسلمة قامضها لها أبو بكر رضي الله عنه، فلما كان عمر رضي الله عنه جاءت الجدة الأخرى فقال مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذاك السدس فإن اجتمعوا فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها، رواه مالك في الموطأ والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات، وعن بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم رواه أبو داود وهذا يدل على أنها لا ترث منها شيئاً، ولأن الجدة تدلي بالأم فسقطت بها كسقوط الجد بالأب وابن الابن به فأما أم الأب فانها إنما ترث ميراث

ضربته في المسألة ومتى ضربته ههنا كان اثني عشر فإذا ضربته في المسألة كانت اثني عشر وسبعين ، وإن وافق أحد العددين سهامه دون الآخر أخذت وفق المواقي وضربته فيما لم يوافق وعملت على ما ذكرنا وإن وافق جميعاً ساهما رددتهما إلى وقفهما وعملت في الوقفين عملك في العددين الأصليين (القسم الرابع) أن يكون العددان متفقين بنصف أو ثلث أو ربع أو غيره ذلك من الأجزاء فأنك ترد أحد العددين إلى وقفه ثم تضربه في جميع الآخر فما بلغ ضربته في المسألة ومثاله أن تكون الأخوة تسعة والمجدات ستاً فيتفقان بأثلث فتزد الجدات إلى ثلثين اثنين وتضربهما في عدد الأخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسألة تكن مائة وثمانية ومنها تصح (فصل) وإن كان الكسر على ثلاثة أحياز نظرت فإن كانت متناهية كثلث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدها في المسألة فما بلغ فند تصح المسألة ، ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم ، وإن كانت متناهية كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت بأكثرها وهي العشرة فضربتها في المسألة تكن ستين ومنها تصح ، وإن كانت متباينة مثل أن يكون الأعمام في هذه المسألة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسألة تكن مائة وثمانين ، وإن كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عمماً ضربت وفق عدد منها في جميع الآخر فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وقفه في جميع الثالث ثم اضرب مامعك في أصل المسألة فما بلغ

أم لانها أم ولذلك تروث وابنها حي ولو كان ميراثها من جهته ما وراثت مع وجوده (فصل) ولا يزيد ميراثهن على السدس فرضاً وإن كثرن اجمع على هذا أهل العلم لما رويانا من الخبر فإن عمر شرك بينهما وروي ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد بإسناده عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان إلى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب فقال له عبدالرحمن بن سهل بن حارثة وكان شهد بداراً يا خليفة رسول الله أعطيت التي إن ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما ولأنهن ذوات عدد لا يشاركن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات وإنما يشتركن في السدس إذا تحاذين لتساوين في الدرجة (فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في تورث جدتين أم الأم وأم الأب وكذلك أزعلتنا وكاتنا في القرب سواء كأم أم أم وأم أم أب وحكي عن داود أنه لا يورث أم أم الأب شيئاً لأنه لا يرثها فلا تورثه ولانها غير مذكورة في الخبر

ولنا ما روي سعيد عن ابن عينة عن منصور عن إبراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم وراث ثلاث جدات ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وأخرجه أبو عبيد والدارقطني ومن ضرورته أن تكون منهن أم أم الأب أو من هي أعلى منها ، وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ثم هو باطل بأم الأم فلها تورثه ولا يرثها بقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الأم . واختلفوا

فنه نصح ، وإن تماثل اثنان منها وباينهما اثنان أو واقعهما ضربت أحد المتماثلين في جميع الثالث أو في وقفه وإن كان موافقا فما بلغ ضربته في المسئلة ، وإن تناسبا اثنان وباينهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وقفه إن كان موافقا ثم في المسئلة وإن توافقا اثنان وباينهما اثنان ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث ، وإن تباين اثنان وواقعهما الثالث كاربعة أحام وست جدات وتسع بنات أجزاءك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسئلة ويسمى هذا الموقف المقيد لانك إذا أردت وقف أحدهما لم يقف إلا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى الاثنين أدخلنا في الاربعة وأجزاءك ضرب الاربعة في التسعة ، ولو وقفت الاربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزاءك ضرب الاربعة في التسعة . فلما إن كانت الاعداد الثلاثة متوافقة فإنه يسمى الموقف المعالني وفي عملها طريقان (أحدهما) ما ذكرناه من قبل وهو طريق السكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردهما إلى وقفهما ثم تنظر في الوقفين فإن كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقف ، وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما ، وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقف ، وإن كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقف فما بلغ ضربته في المسئلة ، ومثال ذلك عشر جدات واثنا عشرهما وخمسة عشرة بنتا تقف العشرة توافقهما الاثنا عشر بالنصف فترجم إلى ستة وتوافقهما الخمس

في توريث ما زاد على الجدتين فذهب أبو عبدالله إلى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنه وروي نحوه عن مسروق والحسن وقادة وبه قال الاوزاعي واسحاق وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين وحكي أيضاً عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبيدالله ابن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي نور وداود وقاله الشافعي في القديم وحكي عن الزهري أنه قال لا نعلم ورث في الاسلام الا جدتين ، وحكي عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركة فعابه ابن مسعود فقال سعد أتعييني وأنت تورث ثلاث جدات وروي عن ابن عباس انه ورث الجدات وإن كثرن إذا كن في درجة واحدة الا من أدلت بأب غير وارث كأم أبي الام قال ابن سراقه وبهذا قال عامة الصحابة الا شاذاً وإليه ذهب الحسن وابن سيرين والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي وهو ظاهر كلام الحارثي فإنه سمي ثلاث جدات متحاذيات ثم قال وإن كثرن فعلى ذلك ويحتمل قول الحارثي وإن كثرن لا يرث إلا ثلاث جدات وهن المتحاذيات المذكورات بهد كما روي عن أحمد رحمه الله . واحتجوا بأن الزائدة جسدة أدلت بوارث فوجب أن ترث كاحدى الثلاث .

ولنا حديث سعيد الذي ذكرناه وروي سعيد أيضاً عن ابراهيم أنهم كانوا يورثون من الجدات

عشرة بالأخماس مخرج إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثمانية وستين وإن وقفت الاثنا عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما مائة ثلاثان فتضرب خمسة في اثني عشر تكن ستين ، وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين والاثنا عشر إلى أربعة ، ودخل الاثنان في الأربعة فتضربها في الخمس عشرة تكن ستين ثم في المسئلة

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة : الطريق في ذلك أن تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فإن بقي به فالعددان متناسبان وإن لم يبق به ولكن بقيت منه بقية القيتها من العدد الأقل فإن بقيت منه بقية القيتها من البقية الأولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى يصل إلى عدد يقي الملقى منه غير الواحد فإني بقية في بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء ، وذلك البقية إن كانت اثنين قبل الأضاف وإن كانت ثلاثة قبل الأضاف ثلاث فإن كانت أربعة قبل الأضاف فإن كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فيجزء ذلك وإن بقي واحد فالعددان متباينان ، ومما يلاحظ على تناسب العددين أنك متى زدت على الأقل مثله أبدا سارى الأكثر حتى قسمت الأكثر على الأقل انقسمت إلى خمسة صحيحة وحتى نسبت الأقل إلى الأكثر انقسمت إلى خمسة صحيحة ولا يكون ذلك إلا في النصف فما دونه (فصل) في مسائل المتبادلات ومعناها أن يموت من ورثة الميت إنسان قبل قسم تركته الأول

ثلاثة فثنين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وهذا يدل على التحديد بثلاث وإنه لا يرث أكثر منهن (مسئلة) (فإن كان بعض أقرب من بعض فالميراث لأقربهم وعنه أن القربى من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم) أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى فلا خلاف بين أهل العلم في أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها ، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الأم فالميراث لها وتحجب البعدى في قول طائفة إلا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك أن الميراث بينهما وعن ابن مسعود أن كانتا من جهتين فهما سواء وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى يريد أن الجدتين إذا كانتا من جهة الأب أحدهما أم الأب والأخرى أم الجد سقطت أم الجد بأم الأب وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب ، فإما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم ؟ فيه روايتان (أحدهما) أنها تحجبها ويكون الميراث للقربى وهذا قول علي عليه السلام وأحدى الروايتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وهو قول أهل العراق وهو قول الشافعي (والرواية الثانية) هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والأوزاعي وهو أحد قولي الشافعي لأن الأب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم فإني تدلي به أولى أن لا يحجبها وبهذا فارقنا القربى من قبل الأم فإنها تدلي بالأم وهي تحجب جميع الجدات ولنا أنها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً

فاذا وجد ذلك نظرت فان كان ورثة الاول يرثون الثاني على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا عصبة لها جميعا وقد يتفق ذلك في أصحاب الفروض في مسائل بسيرة رجل مات عن امرأة وثلاثة بنين وبنت ثم مات أحد البنين قبل قسمة التركة فان للمرأة من الاول سهمها مثل سهم البنت وكنصف سهم ابن وكذلك لها من الثانية فاذا كان كذلك فاقسم المسئلة على ورثة الثاني ولا تنظر الى الاول ، فلو خلف رجل خمسة بنين وخمس بنات فمات منهم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت قسمت الميراث على الابنين الباقيين والبنين المذكور مثل حظ الانثيين ولم ينظر في بقية المسائل فان كان معهم من يرث من الاولى دون ما بقي كما لو كان مع هؤلاء امرأة للميت ايست أما لهم فاذك تفرز لها الثمن وتقسم الباقي على ما ذكرنا وان كانت أما لهم الا أنها ماتت قبلهم أو بعد بعضهم ولم تخلف وارثا غيرهم قسمت الميراث كله على الباقيين فذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر في ميراثها لانه قد صار اليهم فان لم يكونوا كذلك فانك تقسم مسألة الاول ثم تنظر ما صار للميت الثاني فيها فان انقسم على مسئلته فقد صححت المسئلتان مما صححت منه الاولى ومثال ذلك امرأة وبنت من غيرها رآخ ماتت البنت وخلفت زوجها وبنتا وعمها فالأولى من ثمانية للمرأة سهم وللبنت اربعة ويبقى الاخ لثلاثة ومسئلة الميتة الثانية من اربعة زوجها سهم ولا ينفها سهم ويبقى سهم للاخ الاول فصار له من المسئلتين

من جهة واحدة فاذا اجتمعن فالميراث لافرنهن كالأباء والابناء والاخوة وكل قبيل اذا اجتمعوا فالميراث للاقرب وقولهم إن الأب لا يسقطها قلنا لانهم لا يرثن ميراثه وإنما يرثن ميراث الامهات لسكونهن امهات ولذلك اسقطنهن الام والله اعلم

(مسائل) (من ذلك ام ام وام ام اب فالمال للأولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما ، ام اب وأم أم أم المال للآخرى في احدى الروايتين وهو قول الحرقى وفي الاخرى هو بينهما ، أم أب وأم أم وأم جد المال للاوليين في قول الجميع إلا شريك ومن وافقه هو بينهما ام اب وام ام ام وام أم أبي اب هو للاوليين في قول الجميع

(مسألة) (ولا يرث أكثر من ثلاث جدات ام الام وام الاب وام الجد ومن كان من امهاتهن وان علت درجتهم) فلهن السدس إذا تحاذين في الدرجة لما روي سعيد باسناده عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وقال ابراهيم كانوا يورثون ثلاث جدات وهذا يدل على انه لا يرث أكثر من ثلاث وفي ذلك اختلاف ذكرناه فأما ام أبي الام فلا ترث لانها تدلي بغير وارث وكذلك كل جدة تدلي بغير وارث وهذا اجماع من اهل العلم الا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا ترث وهو قول شاذ لانهم اليوم به قائلان لانها تدلي بغير وارث فلم ترث كالاجانب وأما أم أبي الجد ومن ادلت بأكثر من ثلاثة آباء وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وقد ذكرنا ذلك

أربعة أسهم وصحت المستلثان من ثمانية وان لم تقسم سهام الميت الثاني على مسئلته وافقت بين سهامه ومسئلته فان اتفقا رددت مسئلته الى وقتها ثم ضربته في المسئلة الاولى فما بلغ فمنه تصح المستلثان ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في وفق المسئلة الثانية وكل من له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني مثال ذلك اذا خلفت البنت زوجا وابنتين فمسئلتها من اثني عشر توافقها سهامها بالريم فترجع الى ثلاثة تضرب في ثمانية تكن أربعة وعشرين للمرأة سهم من الاولى في ثلاثة والآخر ثلاثة في ثلاثة بتسعة وله من الثانية سهم في سهم تكن عشرة وللزوج ثلاثة في سهم وللابنتين ثمانية وان لم يوافق سهامه مسئلته ضربت المسئلة الثانية في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني فان مات ثالث عملت مسئلته ونظرت سهامه مما صحت منه المستلثان فان انقسم على مسئلته صحت مما صحت منه الاوليان وان لم تصح وافقت بين مسئلته وسهامه وضربت وفق سهام مسئلته ان وافقت أو جميعها ان لم توافق فيما صحت منه الاوليان وعملت على ما ذكرنا وكذلك تصنع في الزام والخامس وما بعده

(نفل) وان أردت قسمه المسئلة على قراريط الدينار فانها في عرف اهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطا فان كانت السهام كثيرة فلك في قسمها طريقتان (أحدهما) أن ينظر ما تركب منه العدد

(أمثلة ذلك) ذلك أم أم ، وأم أب السدس بينهما اجماعا) أم أم أم ، وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم السدس للثلاث الاول إلا عند مالك وموافقيه فانه للاولين ، وعند داود هو للاولى وحدها ولا يرث الرابعة إلا في القول الشاذ عن ابن عباس وموافقيه ، أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وأم أبي أبي أب ، وأم أم أبي أم ، وأم أبي أبي أم ، وأم أبي أم أب ، السدس للاولى عند داود ، وللأولين عند مالك وموافقيه ، وللثلاث الاول عند احمد وموافقيه ، وللأربع الاول عند أبي حنيفة وموافقيه وتسقط الأربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة ، وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة ، ولا من قبل الأب إلا اثنتان ، وهما الاثنان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند أبي حنيفة وموافقيه فانهما كلما علون درجة ازداد في عددهن من قبل الاب واحدة .

(مسئلة) (والجدات المتعاضيات أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبي أب ، وان كثرن فعلى ذلك) يعني بالتعاضيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أنزل منها لان الجدات انما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة وفي كان بعضهم أقرب من بعض فالمرث لاقرين ، وفي اختلاف ذكرناه فاذا قيل نزل جدتين وارثتين على أقرب المنازل فعلم أم أم ، وأم أب ، وان قيل نزل ثلاثا فهن أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبي أب ، واحدة من قبل الام واثنان من قبل الاب وفي درجتها أخرى من قبل الام غير واردة وهي أم أبي أم ولا يرث أبداً من قبل الام إلا

فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب أحد العددين الى أربعة وعشرين إن كان أقل منها وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو لكل قيراط ، وإن كان أكثر من أربعة وعشرين قسمه عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما باق فهو نصيبه ومثال ذلك ستمائة أردت قسمتها فانك تعلم أنها متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين فانسب العشرين الى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلاثها فخذ نصف الثلاثين وثلاثها خمسة وعشرون فهو سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربيع فاضربها تكن خمسة وعشرين كما قلنا

(وانما نبي) أن تنظر عدداً اذا ضربته في الاربعة والعشرين ساروى المقسوم أو قاربه فاذا بقيت منه بقية ضربتها في عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه ثم تجمع العدد الذي ضربته اليه وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه فتضربها الى العدد فيكون ذلك سهم القيراط مثله في مسئلتنا أن تضرب عشرين في أربعة وعشرين تكن أربع مائة وثمانين ثم تضرب خمسة في أربعة وعشرين تكن مائة وعشرين وتضم الخمسة الى العشرين فيكون ذلك سهم القيراط فاذا عرفت سهام القيراط فانظر كل من له سهم قاطعه بكل سهم من سهم القيراط قيراطاً ، فإن بقي له من السهام مالا يبلغ قيراطاً فانسبه الى السهام القيراط واعطه منه مثل تلك النسبة ، فإن كان في سهم القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له

واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن فاحفظ ذلك فان قيل نزل أربعاً فهن أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وفي درجتهم أربع غير واريات ، وقد ذكرناهن فيما قبل إلا أن أحداً لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الاول ، ومن قال بتوريث زيادة على الثلاث ورث في الدرجة الرابعة أربعاً ، وفي الخامسة خمساً ، وفي السادسة ستاً ، وهو قول أبي حنيفة وموافقه ، فاذا أردت تنزيل الجسديات الواريات وغيرهن فاعلم أن الميت في الدرجة الاولى جدتين : أم أمه ، وأم أبيه ، وفي الثانية أربع لان لكل واحد من أبويه جدتين فعلم أربع بالنسبة اليه . وفي الثالثة ثمان لان لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه يكون لولد ثمان وعلى هذا كلما علون تضاعف عددهن ولا يرث منهن عند أحد إلا ثلاث .

❦ مسألة ❦ (وترث الجدة وابنها حي وعنه لا ترث)

وجملته أن الجدة من قبل الاب إذا كان ابنها حياً وارثاً فان عمر وابن سمود وأباموس وعمران ابن حصين وأبا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر ابن زيد والعنبري واسحاق وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب أحمد وقال زيد بن ثابت لا ترث وروي ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها اذا كان عمّاً أو عم أب لانها لا تدلي به واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به ولا ترث معه كالجد مع الاب وأم الام مع الام

سهم بعدد مبالغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قرار يبط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها ، مثل ذلك زوج وأبوان وابنتان مائت الام وخلفت أما وزوجا وأختا من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالاولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق احدهما في الاخرى تكن مائة وخمسين وسهم القيراط ستة وربع فابسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فلبنت من الاولى أربعة في عشرة تكن أربعين فلها بخمسة وعشرين أربعة تبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنتين وخمسين فصار لها ستة وخمسان والاب من الاولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة قرار يبط وابسط السهم الباقي أرباعا تكن أربعة أخماس خمس وزوج الاولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين منها أربعة قرار يبط وابسط الحصة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولام الثانية سهمان ابسطهما أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس خمس قيراط وكذلك لكل أخت من أم وللأختين من الاب مثل ذلك وللأخت من الابوين ستة ابسطها أرباعا تكن أربعة أخماس قيراط وأربعة أخماس خمس

(فصل) في قسمة التركات ان أمكن أن تنسب سهام كل وارث من المسئلة ثم تعطيه من التركة مثل تلك النسبة فحسن ومثال ذلك زوج وأبوان وابنتان والتركة أربعون ديناراً فالزوج ثلاثة وهي خمس المسئلة فله خمس التركة وهي ثمانية دنانير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسئلة فله ثلثا الثمانية ولكل واحد من البنين مثل ما للابوين كليهما وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس أم أب مع ابنتها وابنها حي ، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه أطعمت السدس أم أب مع ابنتها وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس أم أب مع ابنتها ولان الجدات أمهات يرثن ميراث الام لا ميراث الاب فلا يحجبن به كأمهات الام

﴿ مسائل ﴾ (أم أب وأب السدس لها والباقي للاب وعلى القول الآخر السدس له دونها)

أم أم وأم أب السدس بينهما على القول الاول ، وعلى الثاني السدس لأم الام والباقي للاب وقيل لام الام نصف السدس والباقي للاب لان الاب لو عدم لم يكن لام الام إلا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما يكون لها مع عدمه والاول أصح لان الاخوة مع الابوين يحجبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون ما حجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الاب كذا ههنا ثلاث جـدات متحاذيات وأب السدس بينهما على القول الاول ولام الام على القول الثاني وعلى الثالث لام الام ثلث السدس والباقي للاب فان كان مع المتحاذيات جد لم يحجب إلا مع أب ، وأم أب ، وأم أم أم انس السدس لام الاب ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الاب ثم اختلف القائلون بذلك فقبل السدس كله لام أم الام لان التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالعدم وقيل بل لها نصف السدس على قول زيدلانه

وقسمت ذلك على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ، وإن شئت قسمت التركة على المسئلة ثم ضربت الخارج بالقسم في سهام كل وارث فما بلغ فهو له ، وإذا كانت المسئلة عدداً أصحاً عملت بأحدى هاتين الطريقتين وإن كان في السهام كسر بسطتها من جنسه على ما ذكرنا في القسم على قراريط الدينار ولك في قسم التركة في مسائل المناسخت أن تقسم التركة أو القراريط على المسئلة الأولى فما حصل للميت الثاني قسمته على مسئلته ثم تفعل بالثالث والرابع وما بعدها كذلك ، وإذا كان بين المسئلة والتركة موافقة فخذ وقهيمها واعمل بهما ما ذكرنا

(فصل) وإذا كانت التركة سهاماً من عقار فاضرب أصل سهام العقار فيما صحت منه المسئلة فما بلغ فهو سهام العقار واضرب سهام كل وارث من أصل المسئلة في السهام الموروثة من العقار واضرب سهام الشركاء في أصل مسئلة الورثة ومثال ذلك زوج وأم وأخت والتركة ربع وسدس دار المسئلة من ثمانية وأصل سهام العقار اثنا عشر فاضربها في الثمانية تكن ستة وتسعين فلزوج ثلاثة من مسئلة مضرورية في السهام الموروثة وهي خمسة تكن خمسة عشر وللأخت كذلك فانسبها من الدار تكن ثمانية وربع ثمنها واللام سهمان في خمسة تكن عشرة وهي نصف سدس الدار وثمن سدسها ، وإن شئت قلت هي نصف ثمنها وثالث ثمنها وإن شئت بسطت الربع والسدس من قراريط الدينار وهي عشرة وقسمتها على المسئلة فللام ربعها وهي قيراطان ونصف وللأخت ثلاثة ثمنها وهي ثلاثة قراريط وثلاثة أرباع قيراط وكذلك الزوج

يورث البعدي من جهة الأم مع القربي من جهة الأب فكان لها نصف السدس وقيل لا شيء لها لأنها انحجبت بأب الأم ثم انحجبت أم الأب بالأب فصار المال كله للأب .

(مسألة) (فإن اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى فقياس قول أحمد أن السدس بينهما اثلاثاً لذات القرابتين ثلثاء والآخرى ثلثه) كذلك قال أبو الحسن التميمي وأبو عبد الله الووني ولعلمهما أخذنا ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشرىك وقال الثوري والشافعي وأبو يوسف السدس بينهما نصفين وهو قياس قول مالك لأن القرابتين إذا كانا من جهة واحدة لم ترث بهما جميعاً كالأخ من الأب والأم وإنا إنما شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة لا ترجح بهما على غيرها فوجب أن ترث بكل واحد منهما كابن العم إذا كان أخاً لأم أو زوجاً وفارق الأخ من الأبوين فإنه يرجع بقربانيته على الأخ من الأب ولا يجمع بالترجيح بين القرابة الزائدة والتوريث بهما فإذا وجد أحدهما اتفق الآخر ولا ينبغي أن يخل بهما جميعاً بل إذا اتفق أحدهما وجد الآخر وهنا قد اتفق الترجيح فيثبت التوريث وصورة ذلك أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لها ولد فتكون المرأة أم أمه وهي أم أبي أبيه وإن يتزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أمه أو أم أبيه فإن أدلت الجدة بثلاث

(مسألة) قال (ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم الا الزوج والزوجة)

وجهه ذلك أن الميت إذا لم يخلف وارثا إلا ذوي فروض ولا يستوعب المال كالبنت والاخوان والجدات فإن الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم الا الزوج والزوجة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشریح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقه وعليه العمل اليوم في الامصار إلا أنه يروي عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من ابوين ولا على جدة مع ذي سهم ، وروي ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا على الجد مع ذي سهم والذي ذكره الحرقى أثار في المذهب وأصح وهو قول عامة أهل الرد لأنهم تساوا في السهام فيجب أن يتساوا فيما يتفرع عايرها ولأن الفريضة لو عالت لدخل النصف على الجميع بالرد ينبغي أن ينالهم أيضا فأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم إلا أنه روي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولله كان عصبة أو ذا رحم فأعطاه ذلك أو أعطاه من مال بيت المال لا على سبيل الميراث وسبب ذلك إن شاء الله أن أهل الرد كالهم من ذوي الارحام فيدخلون في عموم قول الله تعالى (وألوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد

جهات تترك بها لم يمكن أن يجمع معاهدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث .
(فصل) قال رحمه الله (ولا بنت الواحدة النصف)

لا خلاف في ذلك بين علماء المسلمين لقول الله تعالى فإن كانت واحدة فلها النصف ولأن النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت أن لثلاث النصف ولبنات الابن السدس وما بقي فللاخت وإن كانتا اثنتين فصاعدا فلهما الثلثان، أجمع أهل العلم على أن فرض البنتين الثلثان الرواية شذت عن ابن عباس أن فرضهما النصف لقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن الثلثان مترك) ففهموه أن ما دون الثلث ليس لهما الثلثان والصحيح قول الجماعة فإن النبي ﷺ قال لآخي سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد اثنتين » وقال الله تعالى في الاخوات (فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مترك) وهذا تنبيه على أن البنتين اثنتين لأنهما أقرب ولأن كل من يرث منهن الواحد النصف فالاثنتين منهن الثلثان كالأختين من الابوين أو من الاب وكل عدد يختلف فرض أحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة كولد الأم فالثلث من البنات فما زاد فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان وأنه ثابت بقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن الثلثان مترك) واختلفت فيما ثبت به فرض الاثنين فقبل هذه الآية والتقدير فإن كن اثنتين وفوق ضلّة كقوله تعالى (فاضربوا فوق الاعناق) أي اضربوا الاعناق وقبل مضاه فإن كن نساء اثنتين فما فوق وقد دل عليه قول النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية لاجل

ابن ثابت إلى أن المناضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي رضي الله عنهم لأن الله تعالى قال في الاخت (فلها نصف ما ترك) ومن رد عليها جعل لها الكل ولاها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأردوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وهؤلاء من ذوي الارحام وقد ترجعوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لأنه لسائر المسلمين وذو الرحم أحق من الاجانب عملا بالنص ، وقد قال النبي ﷺ « من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فإلي » وفي لفظ « من ترك دينًا فإلي ومن ترك مالا فلأرث » متفق عليه وهذا عام في جميع المال ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « تهرز المرأة ثلاثة موارث تقبضها وعتيقها والولد الذي لا عنت عليه » أخرجه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المني بالاعان كله خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولأنهم ورثوا بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فاما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا ينبغي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولا يوه لكل واحد منهما السدس مما ترك) ان كان له ولد لا ينبغي أن يكون للاب السدس وما فضل عن البنت بحجة التمهيب وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل اذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الاخ من الام اذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة كذا ههنا تستحق النصف بالفرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الارحام

سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وهذا من النبي ﷺ تفسير الآية وبيان لمعناها واللفظ اذا فسر كان الحكم ثابتا بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضا أن سبب نزول الآية قصة ابنتي سعد بن الربيع وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما وقيل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه اذ ذكراه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالائياس وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواترت عليه الأدلة التي ذكرناها فلا يضرنا أيها أثبت

(مسألة) (وبنات الابن بمنزلة البنات اذا لم يكن بنات)

أنجم أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في أرهن وحجبهن لن يحجبه البنات وفي جعل الاخوات معهن عصبات إلا ما روي عن ابن عباس أنه كان لا يورث الاخوات مع البنات وفي أنهن اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات ابن الابن وغير ذلك والاصل في ذلك قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف) وولد البنين أولاد لقوله تعالى (يا بني آدم) يخاطب بذلك أمة محمد ﷺ وقال (يا بني اسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم . وقال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاجانب

(مسئلة) قال (واذا كانت أخت لاب وأم وأخت لاب وأخت لام فلاخت للاب والام النصف وللأخت للاب السدس وللأخت للام السدس وما بقي يرد عليهن على قدر سهامهن)

فصار المال بينهما على خمسة أسهم للأخت للاب والام ثلاثة أخماس المال وللأخت للاب الخمس وللأخت للام الخمس طريق العمل في الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسئلتهم وهي أبدا تخرج من ستة إذ ليس في الفروض كلها مالا يؤخذ في الستة إلا الربع والثلث وليس لغير الزوجين وإيسا من أهل الرد ثم تحمل عدد سهامهم أصل مسئلتهم كما صارت السهام في المسئلة العائلة هي المسئلة التي تضرب فيها العدد القوي انكسرت عليه سهامه فكذا هنا إذا انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لأن ذلك صار أصل مسئلتهم وينحصر في ذلك أربعة أصول أولها أصل اثنين كجدة وأخ من أم لكل واحد منهما السدس أصلها اثنان ثم تقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال فإن كان الجدات ثلاثا فإن سهم لا ينقسم عليهن اضرب مددهن في أصل المسئلة وهو اثنان تصير ستة للأخ من الام النصف ثلاثة ولكل واحد منهم سهم أصل ثلاثة أم وأخ من أم وأم وإخوان لام فإن كانوا ثلاثة ضربت عددهم في أصل مسئلتهم وهو ثلاثة صارت تسعة ومنها تصح ثلاثة جدات وأربعة أخوة من أم للأخوة

(مسئلة) (فإن كانت بنت وبنت ابن فالبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكمة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فبعصهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين) أما استحقاق البنت الواحدة النصف فلا خلاف فيه ، وقد ذكرناه فإن كان معها بنت ابن أو أكثر فلها النصف ولبنات الابن السدس تكمة الثلثين وهذا مجمع عليه أيضا ، وقد دل عليه قوله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف) نفرض لبنات كاهن الثلثين وبنت الصاحب وبنت الابن كاهن نساء من الاولاد فكان لمن اثنان بفرض الكتاب لا يزددن عليه واختصمت بنت الصاحب بالنصف لانه مفروض لها والاسم يتناولها حقيقة فبقي السدس لبنات الابن وهو تمام الثلثين ولهذا قال الفقهاء لمن السدس تكمة الثلثين

قد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال للابنة النصف وما بقي فلاخت فأتى ابن مسعود فأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين ولكن أنضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكمة الثلثين وما بقي فلاخت فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني عن شيء مادام هذا الخبر فيكم متفق عليه بنحو هذا المغني

(فصل) فإذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فإنه يعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين

سهمان يفوقهم بالنصف يرجع عددهم الى اثنين تفريقهما في عدد الجدات ثم في أصل المسئلة صارت ثمانية عشر ومنها نصح، أصل أربعة اخت لابوين واخت لاب أو أم أو أخ لام أو جدة، بنت وأم أو جدة بنت وبنت ابن، فإن كان بنات الابن أربعة ضربت في أصل المسئلة وهي أربعة صارت ستة عشر ومنها نصح، أصل خمسة ثلاث أخوات مقترقات للاخت من الأب والأم النصف وللأخت من الأب السادس وللأخت من الأم السادس وهذه مسئلة الحرقى أم واخت لابوين أو لاب أم واخت لابوين واخت لاب أو لام ولا تزيد مسائل الرد أبداً على هذا لأنها لو زادت سهمها لكل المال ولم يبق شيء منه يرد، ثلاث جدات وبنت وأربع بنات ابن أصلها من خمسة ونصح من ستين ومتى كان الرد على حيز واحد فهو جميع المال بالفرض والرد كأنه عصبه فإن كان شخصاً واحداً فالل مال له، وإن كان جماعة قسمته عليهم على عددهم كالبنين والآخره

(فصل) فإن كان معهم أحد الزوجين أعطيته فرضه من أصل مسئلته وقسمت الباقي من مسئلته على فريضة أهل الرد فإن انقسم صحت المسئلان ولا يتفق هذا إلا أن يكون للزوج امرأة لها الربع ومسئلة أهل الرد من ثلاثة كمرأة وأم وأخ لام أو أم وأخوين لام أو جدة وأخوين لام فللمرأة الربع من أربعة يبقى ثلاثة على فريضة أهل الرد وهي ثلاثة فنصح عليها وبصح الجميع من أربعة فإن انكسر على عدد منه ضربته في أربعة كاربعة زوجات وأم وأخ لام نصح من ستة عشر وإن لم ينقسم في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم إلا ابن مسعود ومن تابعه فإنه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة انفرد بها عن الصحابة فقال لبنات الابن إلا ضربهن من المقاسمة أو السادس فإن كان السادس أقل مما يحصل لمن بالمقاسمة فرضه لمن وأعطى الباقي للذكر، وإن كان الحاصل لمن بالمقاسمة أقل قدم بهن وبني ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصمها غيرها إذا استكمل البنات الثلثين إلا أنه ناقص في المقاسمة إذا كانت أضربهن وكان ينبغي أن يعطين السادس على كل حال

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) ولأنه يقاسمهما لو لم يكن غيرهما فقااسمهما مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضربهن ولا يصح أصبه الذي بني عليه كما قدمنا (مسئلة) (وإن استكمل البنات الثلثين سقطت بنات الابن إلا أن يكون معهن أو أنزل منهن ذكر فيعصمن فيما بقي)

أجمع أهل العلم على ذلك لأن الله تعالى لم يفرض الأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين قليلا كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لمن شيء ولا يمكن أن يشارك بنات الصلب لأنهن دون درجتهم فإن كان مع بنات الابن في درجتهم كأخوين أو ابن عمهم أو أنزل منهم كابن أخين أو ابن ابن عمهم أو ابن ابن عمهم فيعصم الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وهذا قول عامة العلماء يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة

فصل - عمة الزوج على فريضة اهل الرد لم يمكن ان يوافقها ايضا فاضرب فريضة الرد في فريضة الزوج فما بلغ فاليه تنتقل المثلثة فاذا اردت القسمة فلاحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من اهل الرد سهله من مسأله مغروبة في فاضل فريضة الزوج فما بلغ فهو له ان كان واحداً وان كانوا جماعة قسمة عليهم فان لم ينقسم ضربته او وقفه فيما انتقلت اليه المسئلة ونصح على ما مضى في باب التصحيح وهذا ينحصر في اصول خمسة [أحدها] زوج وجدة وأخ لام . الزوج النصف وأصل مسائل من اثنين له سهم يبقى سهم على مسألة الرد وهي اثنان فتضرب اثنين في اثنين يكثر أربعة ولا يقع الكسر في هذا الاصل إلا على فريق واحد وهو الجدات فاذا كان أكثر من جدة واحدة فاضرب عددن في أربعة فابنق فنه تصح

(الاصل الثاني) زوجة وجدة وأخ لام مسألة الزوجة من أربعة ثم تنتقل الى ثمانية ولا يكون الكسر إلا على الجدات أيضا (الاصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن مسألة الزوج من أربعة ثم تنتقل الى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لابوين وأخت لاب أو أخت لام أو جد أو جدة وبنتها زوجة وأخت لاب وأخت لام أو جدة

رضي الله عنهم ، وبه قال مالك والثوري والشاذلي واسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن تبعه فإنه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه أحدها فنجعل الباقي للذكر دون أخواته وهو قول أبي ثور لأن النساء من الاولاد لا يرثن أكثر من اثنتين بدليل ما لو انفردن وتوريتهن ههنا يفضي إلى توريتهن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لم لو لم يكن بنات وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمان المال إذا لم يكن معهم ذو فرض يجب أن يقدمهما الفاضل عنه كاولاد الصلب والأخوة مع الأخوات وما ذكره فهو في الاستحقاق كفرض فأما في مسئلتنا فأنما يستحقون بانهيب فكان معتبراً باولاد الصلب والأخوة والأخوات ثم يبطل ما ذكره بما إذا خلف ابنا وست بنات فانهم يأخذون ثلاثة أرباع المال ، وإن كن ثمانية أخذن أربعة أخماسه وإن كن عشرة أخذت خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ما ذكرنا في هاتين المسئلتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلي الثاني سقطت إذا لم يكن لها من يعصها سواء كل الثلثان لمن في درجة واحدة أو قليلا والتي تليها ، وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه .

(فصل) وفروض الأخوات من الابوين كفرض البنات سواء إلا أنه لا يعصيهن إلا أخوهن

(الاصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن أو أم أو جدة مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى اثنين وثلاثين [الاصل الخامس] زوجة وبنتان وأم مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى اربعين وكذلك زوجة وبنت وبنت ابن وأم أو جدة، أخت من أبوين وأخت أو إخوات من أب وأخت من أم أو أم أو جدة، أختان من أبوين أو من أب وأم أو جدة وأخ من أم وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت اليه المسألة ومثال ذلك أربع زوجات وإحدى وعشرون بنتاً وأربع عشرة جدة مسألة الزوجات من ثمانية فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين : فالزوجات فريضة أهل الرد خمسة على أربعة لا تصح ولا توافق ويبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على أربعة عشرة توافق بالاسباع فيرجعون الى اثنين ويبقى البنات ثمانية وعشرون توافقهن بالاسباع فيخرجن الى ثلاث والاثنتان ثم تدخلان في عدد الزوجات فتضرب ثلاثاً في أربع تكن اثني عشر ثم في أربعين تكن أربعاً ومائة وثمانين ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الرد أخذ الفاضل كله كأنه عصبة ولا تنتقل المسألة وان كان معهم فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الاخوات قسمت الفاضل عليهم كأنهم عصبة فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسألة الزوج

يعني أن الواحدة من الاخوات الابن النصف والاثنين فما زاد الثلثان، فان كانت الاخت لابوين وأخت أو أخوات لاب فلهن باقي الثلثين وذلك السدس نكحة الثلثين كبنات الابن مع البنات فيما ذكرناه وان لم يكن للميت أخوات لابوين وكان له أخوات لاب فلهن حكمهن الواحدة النصف والاثنين فما زاد الثلثان وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم، فان استكمل الاخوات الابوين الثلثين سقطت الاخوات اللاب الا ان يكون معهن أخوهن فيعصبن فيما بقي، فذكر مثل حظ الاثنين وخالف ابن مسعود في ذلك ومن تبعه من سائر الصحابة والمقهاء، فقال اذا استكمل الاخوات الابوين الثلثين فالباقي لذكر من ولد الاب دون البنات فان كانت أخت لابوين وأخوة وأخوات لاب جعل اللانث من ولد الاب الا ضريحين من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي لذكر كما فعل في ولد الابن مع البنات وقد ذكرناه وأما فرض الثلثين للاختين فصاعدا والنصف الواحدة المفردة فنابت بقول الله تعالى ' يستفتونك قل الله يفتيك في الكلالة أن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلما نصف ما ترك ' وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ' والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب بإجماع أهل العلم، ومن جابر قال : قلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات ؟ قال فنزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيك) الآية رواه أبو داود وروى أن جابراً أشتكى وعنده سبع أخوات فقال النبي ﷺ ' قد أنزل الله عز وجل في أخوانك فبينهن اثنتين وما زاد على الاثنين في حكمهما ' لانه إذا كان للاختين الثلثان فالثلاث أختان فصاعداً وأما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الاثنين فلان الله تعالى إنما فرض للاخوات الثلثين فإذا أخذته ولد الابوين لم يبق مما فرضه

(باب الجدات)

(مسئلة) قال أبو القاسم رحمه الله (والجددة إذا لم تكن أم السدس)

قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم على أن لجددة السدس إذا لم يكن للبيت أم، وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الأم لأنها تدلي بها فقامت مقامها كالجد يقوم مقام الأب ولنا ما روى قبيصة بن ذئيب قال جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب ميراثها فقال مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً ولكن أرجو حتى أسأل الناس، فقال المفسر بن شعبة حضرت رسول الله ﷺ أعطاهما السدس، فقال هل معك غيرك؟ فشهد له محمد بن مسلمة فأضاه لما أوبرك، فلما كان هجر جاءت الجدة الأخرى فقال مالك في كتاب الله شيء، فما كان القضاء الذي قضى به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذلك السدس فإن اجتمعما فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها، رواه مالك في موطنه وأبو داود والترمذي وقال: حديث حسن صحيح. وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه، وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات

الله للاخوات شيء يستحقه ولد الأب فإن كانت واحدة من أبوين فلها النصف بنص الكتاب وما بقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للاخوات الأب ولذلك قال الفقهاء لمن السدس ثلثة اثنتين فإن كان ولد الأب ذكورا وإناثا فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصلب إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها وهو أنزل منها وابن عمها والاخت من الأب لا يعصبها إلا آخرها فلما استكمل الاخوات من الأبوين اثنتين وتم الاخوات لأب وابن أخ لمن لم يكن للاخوات لأب شيء وكان الباقي لابن الأخ لان ابن الابن وإن نزل ابن وابن الأخ ليس باخ (مسئلة) (والاخوات مع البنات عصبة يرثن مافضل كالأخوة وليست لمن معهن فريضة مسماة) المراد بالاخوات هنا الاخوات من الأبوين أو من الأب لان ولد الأم يسقطن بالولد وولد الابن وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وماذا وعائشة رضي الله عنهم وإليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس ومن تابعه فانما روي عنه أنه لا يجعل الاخوات مع البنات عصبة وقال في بنت وأخت للبنت النصف ولا شيء للاخت قليل له أن عمر قضى بخلاف ذلك جعل للاخت النصف فقال ابن عباس أنتم أعلم أم الله؟ يريد قوله سبحانه وتعالى (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) فلما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد والمحق فيما ذهب إليه الجمهور قال ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن وأخت لا قضين فيها بقضاء

وقد روى ابن بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، ورواه أبو داود ، وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئا ، ولأن الجدة تدلي بالأم فسقطت بها كقحوط الجد بالاب وابن الابن به ، فأما أم الاب فأنها أيضا ترث ميراث أم لانها أم ولذلك ترث وابنها حي ، ولو كان ميراثها من جهة ما ورثت مع وجوده

(مسئلة) قال (وكذلك ان كثرن لم يزدن على السدس فرضا)

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس وان كثرن وذلك لما رويانا من الخبر وان هر شرك بينهما وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد ثنا سفيان وهشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان الى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الام الميراث دون أم الاب فقال له عبيد الرحمن بن سهيل بن حارثة وكان شهد بدرا : يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما ولانهن ذوات عدد لا يشركن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات ، وقول الحرقى لم يزدن على السدس فرضا يريد به التعرز من زيادتهن بالرد فانهم يأخذون في الرد زيادة على السدس على ما قد مضى ذكره

رسول الله صلى الله عليه وسلم لبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاختدوا والبخلاري وغيره واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب اليه بل يدل على ان الاخت لا يفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فان ما يأخذه من البنت ليس بفرض وانما هو بالتعصيب كميراث الاخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قوله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم الولد وهو خلاف الاجماع. ثم ان النبي ﷺ هو الميراث لكلام الله تعالى وقد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث ولو كان ابنتان وبنت ابن سقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الام زوج فالمسئلة من اثني عشر للزوج الربع وللبنتين الثلثان وبقي للاخت نصف السدس فان كان معهم أم عالت الى ثلاثة عشر وسقطت الاخت

(فصل) والواحد من ولد الام السدس ذكر أو أنثى فان كانا اثنتين فصاعدا فلهم الثلث بينهم بالسوية أما استحقاق الواحد من ولد الام السدس فلا خلاف فيه ذكر أو أنثى لقول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو اخت فليكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) يعني ولد الام باجماع أهل العلم وفي قراءة سعد وعبد الله (وله أخ أو اخت من أم) وأما التسوية بين ولد الام فلا نعلم فيه خلافا الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى لقول الله (فهم شركاء في الثلث) وقال في آية أخرى (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو اخت فليكل واحد منهما السدس) فبوي بين الذكر والأنثى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الام وأم الاب وكذلك ابن علنا وكانت في القرب سوله كأم أم أم وأم أم أب الامكي عن داود أنه لا يورث أم أم الاب شيئا لانه لا يرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر

ولنا أن النبي ﷺ أعطى ثلاث جدات ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الاب أو من هي أعلى منها وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ثم هو باطل بأم الام فانها ترثه ولا يرثها، وقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الام واختلفوا في توريث ما زاد عليهما فذهب أبو عبد الله إلى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن وروي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم . وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة ، وبه قال الاوزاعي واسحاق ، وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين . وحكي ذلك عن أبي بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقالة الشافعي في القديم ، وحكي عن الزهري أنه قال لانهم ورث في الاسلام إلا جدتين . وحكي عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركة فعابها ابن مسعود فقال سعد أنصيني وأنت تورث ثلاث جدات؟

وروي عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن إذا كن في درجة واحدة الا من أذلت باب غير وارث كأم أم ، قال ابن سراقه وبهذا قال عامة الصحابة إلا شاذاً واليه ذهب الحسن وابن

وقوله (فهم شركاء في الثلث) من غير تفضيل بقضي التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشي . أو أقر لهم به ، وأما الآية الاخرى فالمراد بها ولد الابوين وولد الاب بدليل أنه جعل الواحدة النصف وللثنتين الثلثين وجعل الاخ يرث اخاه الكل وهذا مجم عليه فلا عبرة بقوله شاذ

(فصل) في المحجب قال رحمه الله (يسقط الجد بالاب وكل جد من هو أقرب منه)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أب الاب لا يحجبه عن الميراث غير الاب وكذلك كل جد يسقط من هو أقرب منه لانه يدل به فهو كسقاط الجد بالاب وتسقط الجدات بالام . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن لجددة السدس إذا لم يكن لاميت أم ولاتهن أمهات فسقطن بالام كما يسقط الاب الجد ويسقط ولد الابن بالابن لانه إن كان أباه فهو يدل به وإن كان عمه فهو أقرب منه فسقط به كما يسقط الجد بالاب وإن كان عمه فهو أقرب منه لقوله عليه الصلاة والسلام «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر»

(مسئلة) (ويسقط ولد الابوين بثلاثة بالابن وابنه والاب)

أجمع أهل العلم على ذلك بحمد الله ذكره ابن المنذر وغيره والاصل في هذا قوله تعالى (يستثنونك قل الله يفتنكم في الكلام إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن

صبرين واثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي رضي الله عنه وهو ظاهر كلام الحنفي فإنه سمي ثلاث جدات متعاضيات ثم قال وإن كثرت فعلى ذلك واحتجوا بأن الزائدة جدة أدات بوارث فوجب أن ترث كاحد الثلاث

ولنا ما روى سعيد عن ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم أن النبي ﷺ ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم . وأخرجه أبو عبيد والدارقطني

وروى سعيد أيضا عن إبراهيم أنه قال كانوا يرثون من الجدات ثلاثا ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لا يرث أكثر منهن : وإذا ثبت هذا فإن الوارثات هي أم الأم وإن علت درجتها وأم الأب وأمهاتها وإن علت درجتهن وأم الجد وأمهاتها ولا ترث أم أب الجد ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء . وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لا ترث وهي كل جدة أدلت باب بين أمين كأم أبي الأم إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا ترث وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلا وإس صحيح فإنها تدلي بغير وارث فلم ترث كالأجانب وأمثلة ذلك ، أم أم وأم أب السدس بينهما إجماع ، أم أم وأم أم وأم أب وأم أبي أم السدس لثلاث الأول إلا عند مالك وموافقه فإنه الأولين وعند دارد هو الأول وحدها ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس

لها ولد (الآية والمراد بذلك الأخوة والأخوات من الابوين أو من الأب بغير خلاف بين أهل العلم وقد دل ذلك على قوله تعالى (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وهذا حكم العصبية فاتقنضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد لأن الكلالة من لا ولد له ولا والد خرج من ذلك البنات والأم لقيام الدليل على ميراثهم بهما بقى فيما عداهما على ظاهره فيسقط ولد الابن ذكرهم وأنثاهم بثلاثة للذكورين وإن نزل ولد الابن وهم الأب لأنهم يدلون به والابن لأنهم يأخذون الفضل عن فرض البنات والابن لا يفضل عنه شيء ، وكذلك ابن الابن وإن نزل لأنه ابن ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الابوين لما روى علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية وأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني الفلوات يرث الرجل أخاه لانيه وأمه دون أخيه لانيه . أخرجه الترمذي

(مسألة) (ويسقط ولد الأم بأربعة بالولد ذكراً كان أو أنثى وولد الابن والأب والجد)

أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً خاف فيه إلا رواية واحدة شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لام للأم الثلث والأخوين الثالث وقيل عنه لما نثت الباقي وهذا بعيد جداً فإنه يسقط الأخيرة كلهم بالجد فكيف يورثهم مع الأب ؟ ولا خلاف بين سائر أهل العلم في أن ولد الأم يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الأب ؟ والأصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة وامرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه

الروایتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأهل العراق وهو قول الشافعي ، والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والاوزاعي وهو القول الثاني لشافعي رضي الله عنه لأن الأب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم فأنني تدلي به أولى أن لا يحجبها وبهذا فارتقتا القربى من قبل الأم فأنها تدلي بالأم وهي تحجب جميع الجدات

ولنا أنها جدة قربي فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً من جهة واحدة فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن كالأباء والأبناء والأخوة والبنات وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم ، وقولهم إن الأب لا يستقطم أئلاً لأنهم لا يرثن ميراثه إنما يرثن ميراث الأمهات لكنهن أمهات ولذلك أسقطنهن الأم والله أعلم

(مسائل) من ذلك أم أم وأم أم أب المال للأولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما: أم أب وأم أم أم المال للأولى في قول الحنفي ، وفي الرواية الأخرى هو بينهما أم أب وأم أم وأم جد المال للأوليين في قول الجميع إلا في قول شريك وموافقه هو بينهما: أم أب وأم أم وأم أم وأم أبي أب هو للأوليين في قول الجميع

(فصل) إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى فقياس قول أبي عبد الله أن السدس بينهما اثلاثا لذات القرابتين ثلثاه وللأخرى ثلثه كذلك قال أبو الحسن الفيمبي وأبو عبد الله المغربي وأهلها

والآيتان في سورة النساء المراد بالكفالة فيما أئبت ولا خلاف في أن اسم الكفالة يقع على الأخوة من الجهات كلها وقد دل على صحة ذلك قول جابر بإرسال الله كيف الميراث إنما يرثني ككافة فجعل الوارث هو الكفالة ولم يكن لجابر يؤيد ولد ولا والد ، ومن ذهب إلى أنه يشترط في الكفالة عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة والبحرة والكويت وروى عن ابن عباس أنه قال الكفالة من لا ولده ، وروى ذلك عن عمر والنسابة عنهما قول الجماعة

باب العصبات

للصبة الوارث بغير تقدير وإذا كان معه ذوفرض أخذ ما فضل عنه أو أكثر وإن انفرد أخذ المال كله وإن استفرقت الفروض المال سقط ، وم كل ذكر من الأقارب ليس بين وبين الميت أنثى وم عشرة : الابن وابنه والأب وأبوه والأخ وابنه إلا من الأم ، والعم وابنه كذلك ومولى النعمة ومولاة النعمة ، وأحقهم بالميراث أقربهم ويسقط من بعدهم النبي ﷺ ، وأحقهم بالفرائض باهلها فباقي فلاولى رجل ذكر ، متفق عليه وأخرجه الترمذي . وفي رواية : ما أبقت الفروض للأولى رجل ذكر ،

(الجزء السابع)

(٨)

(المنفى والشرح الكبير)

أخذنا ذلك من قوله في تورث الميراث بجميع قراباتهم وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك ، وقال الثوري والشافعي رضي الله عنه وأبو يوسف السدس بينهما نصفان وهو قياس قول مالك لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعا كالأخ من الاب والام

ولنا أنها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة ولا يرجع بها على غيره فوجب أن يرث بكل واحدة منهما كإن العم إذا كان أبا أو زوجا ، وفارق الأخ من الابوين فإنه رجوع بقربته على الأخ من الاب ولا يجمع بين الترجيع بالقرابة الزائدة والتورث بها فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر وهما قد انتفى الترجيع فيثبت التورث . وصورة ذلك أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فولد لها ولد فتكون المرأة أم أمه وهي له أم أبي أبيه وان تزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أمه وأم أبيه وان أدلت الجدة بثلاث جهات ترث بهن لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يرث أكثر من ثلاث (مسئلة) قال (والجدة ترث وابنها حي)

وجعلته ان الجدة من قبل الاب اذا كان ابنها حيا ورثا فان عمر وابن عمود وابن عمود وعمران

وأقربهم الابن ثم ابنته وان نزل لان الله سبحانه قال (يوصيكم الله في أولادكم) والعرب تبدأ بالأعم قلام ، ثم الاب لان سائر العصبات يدلون به ، ثم الجد أبو الاب وإن علل لانه أب سالم يكن اخوة لاب أو لابوين فان اجتمعوا فلهم فصل منرد قد ذكرناه وذكرنا اختلاف أهل العلم في ذلك وفي كيفية تورثهم ، ثم بنو الاب وهم الاخوة ، ثم بنوهم وإن نزلوا ، ثم بنو الجد وهم الأعمام وإن نزلوا ثم أعمام الاب ثم أبناءهم ثم أعمام الجد ثم أبناءهم كذلك أبدأ لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منهم وإن نزلت درجاتهم لما ذكرنا من الحديث ، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه فان استوتوا فأولادهم من كان لابوين لما ذكرنا من حديث علي رضي الله عنه وهذا كله مجمع عليه

(مسئلة) (فاذا اقترض العصبة من النسب ورث المولى المقتق ثم عصباته الاقرب فالأقرب) لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » وسند كره في باب إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وأربعة من المذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ما ورثوا لذكر مثل حظ الانثيين وهم الابن وابنته والأخ من الابوين والأخ من الاب ومن عدا من العصبات) بنفرد المذكور بالميراث دون الاناث وهم بنو الاخوة والأعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الأولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فإن كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب

ابن الحصين واما الطائيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعبدي واسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب احمد بن حنبل رضي الله عنه وقال زيد بن ثابت لا ترث وروى ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وابن جابر وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في تورثها مع ابها إذا كان عم أو عم أب لانها لا تدلي به ، واحتج من أسقطها بابيها بأنها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الاب وأم الام مع الام

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابها وابنها حي ، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن أنقله أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابها . وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابها ، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الام لا ميراث الاب فلا يعجن به كأمهات الام (مسائل ذلك) أم أب وأب لها السدس والباقي له وعلى القول الآخر السكل له دونها . أم أم وأم أب وأب السدس بينهما على القول الاول ، وعلى الثاني السدس لأم الام والباقي للاب وقيل لام الام نصف السدس والباقي للاب لان الاب لو عدم لم يكن لام الام الا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه ، والاول أصح لان الاخرة مع الابوين يحجبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون

وإنما ائتمروا لان الرجال والنساء كلهم وارث فلو فرض فأنساء فرض أنقص إلى تفضيل الاثني على الذكر أو مساواتها إياه أو إقطاعها بالكلية فكانت المقاسمة أولى وأعدل ، وسائر العصبات ليس أخواتهم من أهل الميراث فأنهم لمن بذوات فرض ولا يرثن من ذوات فلا يرثن مع أخوتهم شيئاً وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ومنه

(مسألة) (وابن ابن الابن يعصب من بازائه من أخوانه وبنات عمه وبنات عم أبيه على كل حال إذا لم يكن لمن فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه وكذا ما نزلت درجتاً زاد فمن يعصبه قبيل آخر)

فلو خاف الميت خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لا ذكر معهن وعصبه كان للعليا النصف ولثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبه وإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن ، وإن كان مع الثانية عصبه كان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة وإن كان مع الثالثة للعليا النصف ولثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة وإن كان مع الرابعة للعليا النصف ولثانية السدس والباقي بينه وبين الرابعة والرابعة على أربعة ، وإن كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الاولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين ، وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك قال شيخنا ولا أعلم في هذا خلافاً بين القائلين بتورث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين

(فصل) فان كان ابنا عم احدهما اخ لأم وبنت اب وبنت ابن فابنت او بنت الابن النصف والباقي بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الام بالبنت ولو كان الذي ليس باخ ابن عم من ابوين أخذ الباقي كله لذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المستثنين بدليل ان الاخ من الابوين يتقدم على الاخ من الاب بقرابة الام، وإن كان في الفريضة بنت فمحجب بقرابة الام. وحكي عن سعيد بن جبير ان الباقي لابن العم الذي ليس باخ وان كان من اب لانه يرث بالفرايتين ميراثا واحداً فاذا كان في الفريضة من محجب احدهما سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم يرث بقرابة الام بدليل المسئلة المشتركة

ولنا على ابن مسعود ان الثالث يسقط الميراث بقراءة الام فيبقى التعصيب منفرداً فيرث به وفارق ولد الابوين فان قرابة لام ثم يرجع بها ولا يفرض لها فلا تؤثر فيها بحجبتها وفي مسئلتنا يفرض له بها فاذا كان في الفريضة من بحجبتها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو اخ اخ من اب وبنت لحجبت البنت قرابة الام ولم ترث بها شيئاً وكذا البنت النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنت لورث بكونه اخا من ام السدس واذا حجبت البنت مع الاخ من الاب وجب أن يحجبه في كل حال لان الحجب بها لا بالاخ من الاب وما ذكره سعيد بن جبيرة ينقض بالاخ من الابوين مع البنت وبابن العم اذا كان زوجاً معه من يحجب بني العم ، ولا نعلم انه يرث ميراثاً واحداً بل يرث بقرايته ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج ، وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث الا ميراثاً واحداً فان قرابة الام لا يرث بها منفردة

﴿ باب من يرث من الرجال والنساء ﴾

(مسئلة) قل (ويرث من الرجال الابن ثم ابن الابن وان سفل والاب ثم الجد وان علا والاخ ثم ابن الاخ والعم ثم ابن العم والزوج وهو ولي النعمة . ومن النساء البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمة)

فهؤلاء مجم على توريثهم وأكثرهم ثبت توريثهم بالكتاب والسنة فالابن ثبت ميراثه بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم هكذا ذكر مثل حظ الانثيين) وابن الابن والابوان ثبت ميراثهما بقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس) والجد يحتل أن يتناول قوله تعالى (ولأبويه) كما دخل ابن الابن في عموم أولادكم . والاخ والاخت من الام ثبت ميراثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) وولد الابوين والاب ثبت ارثه بقوله تعالى وهو يرثها إن لم يكن لها (ولد) وأما ابن الاخ للابوين أو للاب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ ما بقيت الفروض فلاولي رجل ذكر ولم يدخل فيهم ولد الام ولا العم للام ولا ابنة ولا الخال ولا أبو الام لانهم ليسوا من العصبات وأما المولى المعتق والمولاة فثبت ارثهما بقوله عليه السلام « الولاء

(فصل) فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل هذه الواحدة (والثانية) في بنات وبنات ابن وابن ابن الباقي عنده لابن الابن دون اخواته (الثالثة) في أخوات لابن وأخ وأخوات لاب الباقي عنده للاخ دون اخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنات ابن لبنات الابن الأضر بهن من السدس أو المقامعة (الخامسة) اخت لابن وأخ وأخوات لاب الاخوات عنده الأضر بهن من ذلك (السادسة) كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم

(فصل) ابن ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود الكل للاخ وسقط الآخر فان كان أحدهما ابن أخ لام فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ للام من ذوي الارحام ، وإن كان هان أحدهما خال لام لم يرجع بخؤولته ، وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان (أحدهما) لا يرجع بها (والثاني) يرجع بها على العم الذي هو من أب فيأخذ المال لانه ابن الجد والجدة والآخر ابن الجد لا غير ، وإن كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما يدلي بجده وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج لزوج النصف والباقي بينهما نصيبين عند الجميع فان كان الآخر أخا لام فلزوج النصف والاخ السدس والباقي بينهما أصلهما من ستة لزوج أربعة اثنان

لمن اعتق والجدة أطعمها النبي ﷺ السدس والزوج ثبت أثره بقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) والزوجة ثبت بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركن)

(فصل) وجميعهم ضربان ذو فرض وعصبة فالذكر كلهم عصبات إلا الزوج والاخ من الام وإلا الاب والجد مع الابن . والاناث كلهن إذا انفردن عن اخوتهن ذوات فرض الا المولدة المعتقة ولا الاخوات مع البنات . وعدد العصبات الابن وابنه وان نزل والاب وابوه وإن علا والاخ من الابوين والاخ من الاب وابناهما وان نزل والعمان كذلك وابناهما وان نزل وما الاب وابناهما كذلك أبدأ ومولى النعمة . وعدد الاثالبينات وبنات الابن والام والجدة من الجهتين وان علت ، والاخوات من الجهات الثلاث والاخ من الام والزوج والزوجة . ومن لا يسقط بحال خنة : الزوجان والابوان وولد الصاب لأنهم يترن بانفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت بحجبتهم ومن سواهم من الوراث إنما يت بواسطة سواء فيسقط من هو أولى بالميت منه

باب ميراث الجد

روى ابو داود باسناده عن قتادة عن الحسن عن عمران بن الحصين أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال ان ابن ابني مات فإلي من ميراثه قال ذلك السدس فلما أدبر دعاه فقال إن لك سدساً آخر فلما

وترجم بالاختصار إلى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي للاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم ثلاثة بني عم أحدهم زوج والاخر أخ لام للزوج النصف وللأخ السدس والباقي بينهم على ثلاثة أصلاً من ستة تضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر فزوج تسعة والاخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل الزوج أحد عشر وهي النصف والتسع والاخ خمسة وهي السدس والتسع والثالث التسم سهان ، فان كان الزوج ابن عم من أبوين فالباقي له ، وإن كان هو والثالث من أبوين فالثالث الباقي بينهما ، وأصبح من ستة الزوج الثمان ولكل واحد من الآخرين سدس وعند ابن مسعود أن الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثالث بينهما والباقي لابن العم ونصح من ستة لابن العم خمسة وللآخر سهم ، ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة إخوة أحدهم ابن عم فالثالث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم ونصح من تسعة ، وإن كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث بينهما ونصح من تسعة

(فصل) ثلاثة إخوة لأم أحدهم ان عم الثلاثة بني عم أحدهم أخ لام فاضم واحداً من كل عدد إلى العدد الآخر بهر معك أربعة بني عم وأربعة إخوة فهم ستة في العدد ، وفي الأحوال ثمانية ثم اجعل الثلث للاخوة على أربعة واثنين لبني العم على أربعة فنصح من اثني عشر لكل أخ مفرد

أدبر دعاه فقال: «إِنَّكَ السَّدَسُ الْأَخْرَطُ» قال قتادة فلا ندرى أي شيء. ورثه قال قتادة أقل شيء. وورث الجد السدس، وروى عن الحسن أيضاً أن عمر رضي الله عنه قال: «أَيُّكُمْ يَعْلَمُ مَا وَرَّثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْجَدَّ؟» فقال معقل بن يسار أنا، وورث رسول الله ﷺ السدس قال مع من؟ قال لا أدري قال لا دريت قال فما يعني إذا؟ رواه سعيد في سننه قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أباً الأب لا يحجب به عن الميراث غير الأب وأنزلوا الجد في الحجب والميراث منزلة الأب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) زوجة وأبوان للام ثلث الباقي فيهما مع الأب وثلث جميع المال لو كان مكان الأب جد (والثالثة) اختلفوا في الجد مع الاخته والاختات للابوين أو للابن ولا خلاف بينهم في إسقاطه بني الاخته وولد الام ذكرهم وأنثاهم. وذهب الصديق رضي الله عنه إلى أن الجد يسقط جميع الاخته والاختات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب وبذلك قال عبدالله بن عباس وعبد الله بن الزبير، وروى ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وأبي الدرداء وهماذين جبل وأبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم، وروى أيضاً عن عمران بن الحصين وجابر بن عبدالله وأبي الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطلوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم بن حماد وأبرحينة والمزني وابن شريح وابن الأبن وداود وابن المنذر، وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم يورثونهم بها ولا يحجبونهم به وبه قال مالك والأوزاعي

سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لهم النصف وللاربعة الباقين النصف، وعلى قول عبد الله للاخته الثلث والباقي لابني العم الذين هما اخوان

(مسئلة) (وإذا اجتمع ذو فرض وعصبة يديء بذي الفرض فأخذ فرضه وما بقي للعصبة)

لقول رسول الله ﷺ «أَلْحَقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا أَبَقَتْ الْفُرُوشُ فَلْأُولَى رَجُلٌ ذَكَرَ»

(مسئلة) (وإن استغرقت الفروض المال فلا شيء للعصبة)

كزوج وأم وإختة لام وإختة لأبوين أو لأب فالزوج النصف والام السدس والاخته للام الثلث وسقط سائرهم وإلى هذا ذهب أحمد رحمه الله بأسقط الاخته من الابوين لأنهم عصبة، وقد تم للمال بالفروض وبروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم، وبه قال الشعبي والعمري وشريك وأبو حنيفة وأصحابه وبجى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر وروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الابوين وولد الام في الثلث فتقسموه بينهم بالسوية لذكر مثل حظ الانثيين وبه قال مالك والشافعي وإسحاق لأنهم ساووا ولد الام في القرابة التي يرثون بها فيجب أن يساووم في الميراث فانهم جميعاً من ولد الام، وقرابتهم من جهة الأب ان لم تزدم قرباً واستحقاقاً لم تسقطهم، ولهذا قال بعض ولد الابوين أو بعض الصحبة لعمرو وقد أسقطهم هب ان أبهم كان حلاً فما زادهم ذلك إلا قرباً فشارك

والشافعي وأبو يوسف ومحمد لأن الأخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ولأن ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون إلا بنص أو إجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون ، ولأنهم تساوا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه فإن الأخ والجد يدلان بالاب الجسد أبوه والأخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الأبوة بل ربما كانت أقوى فإن الابن يسقط تعصيب الاب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة أنبتت غصنا فافترق منه غصنان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى أصل الشجرة . ومثله زيد بواد خرج منه نهر انفرد منه جد ولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي . واحتج من ذهب مذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها وما بقي فلاولى عصبه ذكر » والجد أولى من الأخ بدليل المعنى والحكم أما المعنى فإنه قرابة ايلاد وبعضية كالأب وأما الحكم فإن الفروض إذا ازدحمت سقط الأخ دونة ولا يسقطه أحد إلا الأب، والأخوة والأخوات يسقطون بثلاثة، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالأب وم ينفردون بواحد منهما، ويسقط ولد الأم، وولد الأب يسقطون بهم بالإجماع إذا استفرقت الفروض المال وكانوا عصبه وكذلك ولد الأبوين في المشتركة عند الأكثرين، ولأنه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بذنبه ولا يقطع بسرقة ماله ويحب عليه نفقته وينعم من دفع زكاته إليه كالأب سواء، فدل ذلك على قوته، فإن قيل فالحديث حجة في تقديم الأخوات لأن فروضهن في كتاب الله فيجب أن تلحق بهن فروضهن

بينهم ، وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياسا فقال فريضة جمعت ولد الأب والأم وولد الأم وم من أهل الميراث فإذا ورت ولد الأم وجب أن يرث ولد الأب والأم كالأب لم يكن فيها زوج ولنا قول الله تعالى ، وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث، ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يسط كل واحد منهما السدس وهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهي قوله (فإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) يراد بهذه الآية سائر الأخوة والأخوات وم يسوون بين ذكركم وأنثاءم وقوله عليه الصلاة والسلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها، ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عصبه لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكلن ولد الأم ابنتان وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الأم ومائة من ولد الأبوين لاختص الواحد من ولد الأم بالثلث والمائة السدس الباقي لكل واحد منهم عشر عشره فإذا جاز أن ينقص ولد أبوين من ولد الأم هذا النقص كله فلم لا يجرز اسقاطهم بالانثيين ، وقولهم تساوا في قرابة الأم قلنا فلم يساووهم في الميراث في هذه المسئلة وعلى أنا نقول إن ساوهم في قرابة الأم فقد

(المعنى والشرح الكبير) (٩) (الجزء السابع)

ويكون لجد ماتي، فالجواب ان هذا الخبر حجة في الذكور المفردين وفي الذكور مع الاناث أو تقول هو حجة في الجميع ولا فرض لولد الاب مع الجد لانهم كلاله والكلالة أسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذا فرض. حجة أخرى قالوا الجد أب فيحجب ولد الاب كالأب الحقيقي ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أيكم إبراهيم) وقول يوسف (واتبعته ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب) وقوله (كأتمها على أبوبك من قبل إبراهيم وإسحاق) وقال النبي ﷺ (ارصوا بني إسماعيل فإن أباكم كان رابياً) وقال «سام أبو العرب وحام أبو الحبش» وقال «نحن بني النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ولا ننفي من أيننا» وقال الشاعر

إنا بني نهل لاندعي لأب عنه ولا هو بالأبناء يشر بنا

فوجب أن يحجب الاخت كالأب الحقيقي، بحديث هذا ان ابن الابن وإن سفل يقوم مقام أبيه في الحجب كذلك أبو الاب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس لا يفتي الله زيد؟ يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أبا الاب أباً، ولأن بينهما إيلاداً وبعضية وجزئية وهو يساري لأب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب بحقه ان أبا الاب وان علا بسقط بني الاخت ولو كانت قرابة الجد والاخ واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مساوياً لبني الاخ لتساوي درجة من أدليا به والله أعلم ولا تقريع على هذا القول لوضوحه

فلقوم بكونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهذا الذي افترقوا فيه هو المفتي لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابن فإن الشرع ورد بتقديم ذي الفرض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الام على ولد الابن في المسئلة المذكورة وشبهها وهلا إذ تساوا في قرابة الام شاركوا الاخ من الام في سدس فافسد به بينهم ولأنه لو كانت قرابة الام مستقلة بالميراث مع قرابة الاب لوجب أن يجتمع لهم الفرض والتعصيب كقولنا في أخ من أم هو ابن عم ولوجب أن يشاركوا ولد الام في الثلث في كل موضع وينفردوا بالتعصيب فيما بقي، ولا خلاف في أنهم لا يشاركونهم في غير هذا الموضع، ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت لابن وأخت لأب معها أخوها إنه يسقط الاخ وترث أخته السدس لأن قربتها مع وجوده كقربتها مع عدمه وهو لا يحجبها فهلا عدوه حماراً وورثوا أخته ما كانت ترث عند عدمه؟ وماذا كرهه من القياس طردى لأمعنى تحت، قال الصبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الصبري وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة وهو كما قال إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة فانه وضع للشرع بالرأي والتحكم من غير دليل ولا يجرز الحكم به مع عدم المعارض فكيف وهو في مسئلتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ قال شيخنا ومن العجب ذهب الشافعي اليه ههنا مع تخطئة الداهيين اليه في غير هذا الموضع، وقوله من استحسن فقد شرع ولا أظنه اعتمد في هذا إلا لموافقة زيد بن ثابت فانه اتبعه في جميع الفرائض وموافقة كتاب الله تعالى وسنة رسوله أولى

(مسئلة) قال ابو القاسم (ومذهب ابني عبد الله رحمه الله في الجدة قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واذا كان اخوة واخوات وجد قاسم الجدة بمنزلة اخ حتى يكون الثلث خيراً فاذا كان الثلث خيراً له اعطي ثلث جميع المال)

وجملة ذلك ان مذهب زيد في الجدة مع الاخوة والاخوات للاويين أو للاب انه يعطيه الا حظ من شيتين اما المقاسمة كأنه أخ واما ثلث جميع المال، فعلى هذا ان كان الاخوة اثنين أو أربع أخوات أو أخا وأختين فالثلث والمقاسمة سواء فاعطه ما شئت منها وان تقصروا عن ذلك فالمقاسمة أحظ له فقام به لاغير وان زادوا فالثلث خير له فاعطه إياه وسواء كانوا من أب أو من اويين، وان اجتمع ولد الاويين وولد الاب فان ولد الاويين يعادون الجدة بولد الاب ويحتسبون بهم عليه ثم ما حصل لهم أخذه منهم ولد الاويين إلا أن يكون ولد الاويين أختاً واحدة فتأخذ منهم تمام نصف المال ثم ما فضل فهو لهم ولا يمكن أن يفضل عنهم أكثر من السدس لان أدنى ما للجدة الثلث وللأخت النصف والباقي بمدى هو السدس

يعني إذا كان مع الزوج والام والاخوة من الام أخوات أو أختين لاويين أو لأب عالت الى عشرة لان أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم والاخوة للام الثلث سهمان والاخوات الثلثان أربعة فتصير عشرة وسميت ذات الفروخ لانها عالت بثنتين وهي أكثر ماتعول اليه الفرائض شبيهت الاربعه الزائدة بالفروخ والستة بالأم وتسمى الشريحية لان رجلاً أتى شريحاً وهو قاض بالبصرة فقال له ما نصيب الزوج من زوجته؟ فقال النصف مع غير الولد والربع مع الولد فقال ان امرأتي ماتت وخلفتني وأنا وأختها لأمها وأختها لابيها وأما فقال لك اذا ثلاثة من عشرة فخرج الرجل من عنده وهو يقول لم أر كفاضكم قلت له ما نصيب الزوج؟ قال النصف أو الربع فلما شرحت له قضيتي لم يعطيني ذلك ولا هذا فكان شريح يقول إذا لقيه انك تراني حاكماً ظالماً وأراك قاضاً فاجراً لانك تكلم القصة وتشيع الفاحشة

(فصل) ومعني العول ازدحام الفرائض بحيث لا يتسم لها المال كذه المسئلة فيدخل النص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص اضيق ماله عن وقائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يف بها والثلث بين أرباب الوصايا إذا عجز، وهذا قول عامة الصحابة ومن معهم من العلماء يروى ذلك عن عمر وعني والعباس وابن مسعود وزيد وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري في أهل العراق والشافعي وأصحابه ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم الا أن ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها فنقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي

(مسئلة) قال (فان كان مع الجد والاخت والاختوات اصحاب فرائض اعطي اصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم ينظر فيما بقي فان كانت المقاسمة خيراً للجد من ثلث ما بقي ومن سدس جميع المال اعطي المقاسمة ، وان كان ثلث ما بقي خيراً له من المقاسمة ومن سدس جميع المال اعطي ثلث ما بقي ، فان كان سدس جميع المال أحظاه من المقاسمة ومن ثلث ما بقي أعطي سدس جميع المال أما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلا أنه لا ينقص عن ذلك مع الولد القدي هو أقوى فم غيرم أولى ، وأما إعطاؤه ثلث الباقي إذا كان أحظ له فلأنه الثالث مع عدم الفروض فما أخذ بالفرض فكانه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال ، وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها . فلي هذا متى زاد الاخت عن اثنين أو من يمد لهم من الاناث فلا حظ له في المقاسمة ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض على النصف فلا حظ له في

ابن الحسين وعطاء وداود فانهم قالوا لا تعمل المسائل فروي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم من شاء باهلته أن المسائل لا تعمل ان القدي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً هذان نصفان ذهباً بالمال فابن موضع الثالث؟ فسميت هذه مسائل المباهلة لذلك وهي أول مسئلة عاتلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس رضي الله عنه أرى أن يقسم المال بينهم على قدر سهامهم فاخذ به عمر واتبه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال لقيت زفر بن أوس البصري قال نضي الى عبد الله بن عباس فتحدثت عنده فأثينا فتحدثنا عنده فكان من حديثه ان قال سبعان القدي أحصى رمل عالج عدداً ثم يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً ذهباً بالنصفان فابن موضع الثلث ثم والله لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ما عالت فريضة أبداً ، فقال زفر فمن القدي قدمه ومن القدي أخره الله؟ فقال القدي أهبطه من فرض الى فرض فذلك القدي قدمه والقدي أهبطه من فرض الى ما بقي فذلك القدي أخره الله ، فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب قلت الا أشرت عليه فقال هبته وكان امرأ مهيباً . قوله من أهبطه الله من فريضة الى فريضة فذلك القدي قدمه الله يريد ان الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يجيب الى فرض آخر لا ينقص منه وأما من أهبطه من فرض الى ما بقي يريد البنات والاختوات فأنهن يفرض لهن فاذا كان معهن أخوتهن ورثوا بالتعصيب فكان لهم ما بقي قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض اذا ازدحمت رد النقص على البنات والاختوات

ولنا ان كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فاذا ازدحمت وجب أن يقتسموا على قدر

ثلث ما بقي، وإن قصصت عن النصف فلاحظ أنه في السدس وإن كان الفرض النصف فحسب استوى السدس وثلث الباقي وإن كان الأخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة

(مسئلة) قال (ولا ينقص الجدة أبداً من سدس جميع المال أو تسميته إذا زادت السهام) هذا قول عامة أهل العلم إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال إن ابن عباس كتب إلى علي في ستة إخوة وجد فكاتب إليه أجمل الجدة ما بهم وأصح كتابي هذا، وروي عنه في سبعة إخوة وجد أن الجدة ثلثهم وحي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال

وأما أن الجدة لا ينقص عن السدس مع البنين وم أقوى ميراثاً من الأخوة فآهم يسقطونهم فلأن لا ينقص عنه مع الأخوة أولى، ولأن النبي ﷺ أطعم الجد السدس فلا ينبغي أن ينقص منه، وأما قوله أو تسميته إذا زادت السهام فإنه يعني إذا عالت المسئلة فإنه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس. ألا ترى أنا نقول في زوج وأم وابنتين وجد له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهماً وهما ثلثا الخمس. ومتى أفضت المسئلة إلى العول سقطت الأخوة والأخوات إلا في الأكدرية ولا ينقص الجدة عن السدس الكامل في مسئلة يرث فيها أحد من الأخوة والأخوات

(مسئلة) قال (وإذا كان أخ لاب وأم وأخ لاب وجد قاسم الجد الأخ للاب والام

الحقوق كاصحاب الديون والوصايا، ولأن الله تعالى فرض للأخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للأختين الثلثين كما فرض للأختين للام الثلث فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليه بالرأي والتحكم، ولا يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون ويلزم ابن عباس على قوله مسئلة فيها زوج وأم وإخوان من أم فأن حجب الام إلى السدس خالف مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الأخوة. وإن نقص الأخوين من الام رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض إلى ما بقي وإن أعال المسئلة رجع إلى قول الجماعة. وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قاتلاً بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافاً بين فقهاء العصر في القول بالعول بمحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس للصحابية في خمس مسائل أشهر قوله فيها (إحداها) زوج وأبوان (والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال منها (الثالثة) لا يحجب الام إلا بثلاثة أخوة (الرابعة) لم يجعل الأخوات مع البنات عصية (الخامسة) لم يجعل المسائل فهمة الخمس صحت الرواية عنه فيها واشتهر القول عنه بها وشذت عنه روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى.

والاخ للاب على ثلاثة اسهم ، ثم رجع الاخ للاب والام على ما في يد اخيه لاييه فاخذه)

قد ذكرنا أن الجدد يقاسم الاخوة كأخ مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث وأن ولد الابوين يعادون الجدد بولد الاب ثم يأخذون ما حصل لهم وأنه متى كان اثنان من الاخوة وجد استوى الثلث والمقاسمة ففي هذه المسئلة قد استوى الثلث والمقاسمة ولذلك اقتسما على ثلاثة لكل واحد سهم ثم أخذ الاخ للابوين ما حصل لآخيه من أبيه ، وإن شئت فرضت للجدد الثلث والباقي لولد الابوين وإن زاد عدد الاخوة على اثنين أو من بعدلها من الاخوات فافرض للجدد الثلث والباقي لولد الابوين . هذا مذهب زيد وأما علي وابن مـ هود قائمها يقامان به ولد الابوين ويسقطان ولد الاب ولا يقتسدان به لانه محبوب بولد الابوين فلا يقتسد به كولد الام وقسما هذه المسئلة بين الجدد والاخ من الابوين نصفين وأسقطا الاخ من الاب

ولنا أن الجدد والد فاذا حببه أخوان وارثان جاز أن يحببه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم ولأن ولد الاب محبوبونه إذا انفردوا فيحببونه مع غيرهم كالأم ، ويفارق ولد الام لأن الجدد يحببهم فلا ينبغي أن يحببوه بخلاف ولد الاب فإن الجدد لا يحببهم فجاز أن يحببوه إذا حببهم غيره كما يحببون

باب أصول المسائل

معنى أصول المسائل الخارج التي تخرج منها فروضها

(مسئلة) (الفروض ستة ذكرها الله تعالى في كتابه وهي نوعان النصف والرابع والثلثان والثلث والسادس)

ومخرج هذه الفروض مفردة خمسة لأن الثلث والثلاثين مخرجها واحد وهي تخرج من سبعة أصول أربعة لا تقول وثلاثة تقول لأن كل مسئلة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرج واحد وإن اجتمع معه فرض من نوعه فأصلها من مخرج أقلها لأن مخرج الكثير داخل في مخرج الصغير فالنصف وحده من اثنين والثلث وحده أو مع الاثنين من ثلاثة والرابع وحده أو مع النصف من أربعة والثلث وحده أو مع النصف من ثمانية فهذه التي لا تقول لأن القول فرع ازدحام الفروض ولا يوجد ذلك هنا ، وأما التي تقول فهي التي يجتمع فيها فروض أو فرضان من نوعين فإذا اجتمع مع النصف السادس أو الثلث أو الثلثان فأصلها من ستة لأن مخرج النصف من اثنين ومخرج الثلث من ثلاثة إذا ضربت أحدهما في الآخر كانت ستة وذلك أصل المسئلة وهي مخرج السادس ، ويدخل القول في هذا الاصل فتقول الى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة وهما أكثرها عولا . والقول زيادة في السهام وقصصان في أنصبة الورثة .

الام وان كانوا محجوبين بالاب. وأما الاخ من الابوين فهو أقوى تعصياً من الاخ من الاب فلا يرث معه شيئاً كما لو انفردا عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن حجب وأخذ ميراثه، فان قيل: فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثه والاخرة بمحجوبين الام وان لم يأخذوا ميراثها. قلنا: الجد وولد الام يختلف سبب استحقاقهما للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وهنا سبب استحقاق الاخوة الميراث الاخوة والعصوبة فأيهما قوي حجب الآخر وأخذ ميراثه، وقد منات هذه المسئلة بمسئلة في الوصايا وهي إذا أوصى لرجل ثلث ماله ولا آخر بمائة ولا آخر بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصى له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء.

(فصل) أخ لابوين وأختان لاب وجد: لجد الثلث والباقي للاخ وفي قول علي وابن مسعود المال بينه وبين الجد نصفين. أخ وأخت من أبوين وأخت من أب وجد فللجد الثلث والباقي بين ولد الابوين على ثلاثة وتصح من تسعة، وفي قول علي وابن مسعود المال بين ولد الابوين والجد على خمسة: أخ لابوين وأخت لاب وجد المال بينهم على خمسة: لجد سهمان والباقي للاخ، وعندهما المال بينهما نصفين

(فصل) أخوان لابوين وأخ لاب وجد، لجد الثلث والباقي للاخوين للابوين عند الجميع،

وأشئلة ذلك زوج وام وأخت لأم أصلها من ستة ومنها تصح: زوج وأم وأخوان من أم: بنت وأم عم، ثلاث أخوات مفترقات وعصبة، أبوان وابنتان، العول زوج وأختان لابوين أولاب أو أحدهما من ابوين والاخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم، أصلها من ستة وتصل الى سبعة: زوج وأخت وجدة أو أخ لام: ست أخوات مفترقات وأم: عول ثمانية زوج وأخت وأم الزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث تصل الى ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو أخ من أم فهي من ثمانية أيضاً. عول تسعة زوج وست أخوات مفترقات تصل الى تسعة وتسمى الغراء، وكذلك زوج وأم. وثلاث أخوات مفترقات. عول عشرة زوج وام وست أخوات مفترقات للزوج النصف وللأم الدس وللأختين للام الثلث وللأختين للابوين الثلثان وصقطت الاختتان للاب ومتى عالت للمسئلة الى تسعة أو عشرة لم يكن ألميت الا امرأة لأنها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تصل المسئلة إلى أكثر من هذا وطريق الضل في العول أن تأخذ الفروض من اصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فبا بلغت السهام قاله تنتهي

(مسئلة) قال (وان اجتمع مع الربع أحد الثلاثة فهي من اثني عشر وتصل على الأفراد الى ضبعة عشر ولا تصل إلى أكثر من ذلك)

إنما كان اصل هذه المسئلة من اثني عشر لان مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا مواصلة

وإن كان ولد الابوين ثلاثة فللجد الثلث أيضاً عند زيد وعند علي وابن مسعود له الربع لأنهما بقامان به إلى السدس، أخ واخت من ابوين وأخ من أب أو أكثر من ذلك فللجد الثلث وعندهما للجد الحسان وللأخ للابوين الحسان وللأخت الخمس

(مسئلة) قال (وإذا كان أخ واخت لاب وام أو لاب وجد كان المال بين الجد والأخ والأخت على خمسة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم)

المقاسة ههنا خير للجد من الثلث لأنه يحصل له بها خمس المال وذلك خير له من الثلث وكذلك كلما نقص الأخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الإناث كثلث أخوات أو أخين أو أخ واحد أو أخت واحدة فليس فيها إلا المقاسة به كأخ وهذا قول زيد وعلي وعبد الله إذا كانوا عصبة فأما إن كن أخوات منزوات فإن علياً وابن مسعود يفرضان لمن فروضهن ثم يعطيان الجد ما بقي

(مسئلة) قال (وإذا كانت أخت لاب وام واخت لاب وجد كانت الفريضة للجد والأختين على أربعة أسهم للجد سهمان والكل أخت سهم ثم رجعت الأخت للام والاب فاخذت مما في يد أختها لتستكمل النصف

بن المخرجين فإذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فإن كان مع الربع سدس فيبين الستة والاربعة موافقة بالانصاف فإذا ضربت وفق أحدهما في الآخر كان اثني عشر ولا بد في هذا الأصل من أحد الزوجين لأنه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضاً لغيرهما

وأمثلة ذلك زوج وابوان وخمس بنين، للزوج الربع وللابوين السدسان اربعة يبقى خمسة لكل ابن سهم، زوج وابنتان وأخت أو عصبة امرأة وأختان لابوين أو لاب أو أختان لام وعصبة امرأة وأخوان لام وسبعة لإخوة لاب العول زوج وابنتان وأم تعول إلى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات، زوج وأبوان وابنتان تعول إلى خمسة عشر، امرأة وأختان من أب وأختان من أم، امرأة وام وأختان لابوين أو لاب وأختان لام تعول إلى سبعة عشر ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وعمان لاب أو لابوين تعول إلى سبعة عشر ويحصل لكل واحدة منهن سهم وتسمى أم الارامل ويعاينها فيقال سبعة عشر امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة منهن سهم وهي هذه ولا يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذه ولا يمكن أن يكمل هذا الأصل بفروض من غير عصبة ولا عول ولا يمكن أن تعول الا على الافراد لان فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو

(المفني والشرح الكبير) (١٠) (الجزء السابع)

القاسمة هما أحظ للجد وتعد الاخت للابوين على الجد باختها من أبيها فيصير له النصف ولها النصف بينهما على اثنين لكل واحدة سهم ثم تأخذ الاخت من الابوين ما بقي في يد أختها لتتكل تمام فرضها وهو جميع ما في يدها فلا يبقى لها شيء. ونصير كما لو كان معها بنت فأخذت البنت النصف وبقي النصف فان الاخت من الابوين تأخذه جميعه فلا يبقى للاخت من الاب شيء.

(فصل) فان كان مع الاخت من الابوين أختان من أب كان للمال بينهن وبين الجد على خمسة أسهم، للجد اثنتان ولهن ثلاثة ثم تأخذ الاخت من الابوين من أختها تمام النصف وهو سهم ونصف يبقى لهما نصف سهم بينهما لكل واحدة ربع سهم فتضرب مخرج الربع وهو أربعة في خمسة تكن عشرين للجد ثمانية وللأخت للابوين عشرة ولكل واحدة من أختها سهم فان كان معها ثلاث أخوات أو أكثر من ذلك فليس للجد الا الثلث ولها النصف ويبقى السدس بين الاخوات من الاب وان كثرن، وان كان من ولد الابوين أختان أو أكثر فليس للاخوات من الاب شيء. وان كثرن لان فرض الاختين اثنتان والجد لا ينقص عن الثلث فلا يبقى من المال شيء. ولان الاخوات من الابوين يسقطن الاخوات من الاب باستكمال الثلثين ولو لم يكن معهن جد فمع الجد أولى وليس في هذه المسئلة اختلاف، فأما مسئلة الحرقى فان عليا وعبد الله يفرضان للاخت من الابوين النصف والاخت من الاب السدس والباقي للجد وكذلك ان كان معها أختان أو أخوات من أب

الربم فانه ثلاثة وهو فرد وسائر فروضها ازواج فالنصف ستة وثلث أربعة والثلثان ثمانية والسدس اثنان ومتى مالت إلى سبعة عشر لم يكن الميث فيها إلا رجلا

(مسئلة) (وان اجتمع مع الثمن سدس او ثلثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعود إلى سبعة وعشرين ولا تعود إلى أكثر منها إنما كان اصلها من أربعة وعشرين لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين او في وفق مخرج السدس فتسكون أربعة وعشرين ولم يذكر الثلث مع الثمن لانه لا يجتمع معه لان الثمن لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسئلة فيها ولد لانه لا يكون إلا لولد الام والولد يسقطهم او للام بشرط عدم الولد

(مسائل ذلك) (امراة وابوان وبنت او بنون وبنت امراة وابنتان وام وعصبة ثلاث نسوة واربع جدات وست عشرة بنتا واخت امراة وبنت وبنت ابن وجدة وعم العول امراة وابوان وابنتان تعود إلى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لانها اقل الاصول عولا لم تمل إلا بشئها وتسمى المنبرية لان علياً رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار منها تسعا ومضى في خطبته يعني ان المرأة كانت لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميث في هذا الاصل إلا رجلا

(فصل) ولا يمكن ان يعود هذا الاصل إلى أكثر من هذا الا على قول ابن مسعود فانه يحجب

(مسئلة) قال (فان كان مع التي من قبل الاب اخوها كان المال بين الجد والاخ والاختين على ستة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الاب والام على الاخ والاخت من الاب فأخذت مما في أيديهما لتستكمل النصف فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهما للجد ستة أسهم وللأخت من الاب والام تسعة أسهم وللأخ سهمان وللأخت سهم)

المقاسمة ههنا والثالث سواء فان قاسمت به كان المال بينهم على ستة أسهم يأخذ الجد سهمين ثم بكل الأخت تمام النصف مما في أيديهما ثلاثة أسهم يبقى لها سهم على ثلاثة لا يصح فتعرب ثلاثة في أصل المسئلة تكن ثمانية عشر كما قال الحارقي وازداد ولد الاب على هذا لم يزدوا على السدس شيئا لان الجد لا ينقص عن الثالث والأخت لا تنقص عن النصف فلا يبقى الا السدس

(مسئلة الاكدرية) قال (واذا كان زوج وام واخت وجد فللزوجة النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس)

ثم يقسم سدر الجد ونصف الأخت بينهما على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهما للزوج تسعة أسهم وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة وتسمى هذه المسئلة الاكدرية ولا يفرض للجد مع الأخريات في غير هذه المسئلة

الزوجين بالولد الكافر والغافل والرقيق ولا يورثه فملى قوله اذا كانت امرأة وام وست اخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلاثان والسلام والمرأة السدس والتمن سبعة فتسول الى احد وثلاثين .

(والمسائل) (على ثلاثة اضرب مادلة وعائلة ورد ذكرنا العادلة وهي التي يستوي مالها وفروضا والمائلة هي التي تزيد فروضا عن مالها والرد هي التي يفضل مالها عن فروضا ولا عصة فيها وهي التي نذكرها في هذا الفصل .

(فصل في الرد) اذا لم تستوعب الفروض المال ولم يكن عصة رد الفاضل على ذوي الفروض بقدر فروضهم الا الزوج والزوجة .

وجملة ذلك أن الميت اذا لم يخلف وارثا الا ذوي فروض كالبنات والاخوات والجدات فان الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم الا الزوج والزوجة يرد ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقه وعاليه العمل اليوم في الامصار الا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذي سهم وروى

قبل انما سميت هذه المسئلة الاكدرية لتكديرها لاهول زيد في البعد فانه اعلمها ولا عول عنده
في مسائل البعد وفرض للاخت معه ولا يفرض للاخت مع جد وجمع سهامه وسهامها فقسما بينهما ولا
تظير ذلك . وقيل سميت الاكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فأتى
فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه . واختلف أهل العلم فيها فذهب أبي بكر الصديق ومواقبه
إسقاط الاخت ويجعل للام الثلث وما بقي للبعد

وقال مروان بن مسعود للزوج النصف وللأخت النصف وللأم السدس وللجد السدس وعالت
الى ثمانية وجعلوا للام السدس كي لا يفضلوها على البعد . وقال علي وزيد للزوج النصف وللأخت
النصف وللأم الثلث وللجد السدس وعولاهما إلى تسعة ولم يحجبها الأم عن الثلث لان الله تعالى انما
حجبها بالولد والاخرة وليس ههنا ولد ولا اخوة ثم ان عمر وعليا وابن مسعود أبوا النصف للاخت
والسدس للبعد وأما زيد فانه ضم نصفها إلى سدس البعد فقسمة بينهما لانها لا تستحق معه إلا بحكم
المقاسمة ، وإنما جعل زيد على إعالة المسئلة ههنا لانه لو لم يفرض للاخت لستقطت وليس في الفريضة
من يسقطها ، وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب انه قال ، ما قال ذلك زيد وإنما قاس أصحابه على أصوله
ولم يبين هو شيئا ، فان قيل فالأخت مع البعد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض قلنا انما يصعبها
البعد وليس بعصبة مع هؤلاء بل يفرض له ولو كان مكان الأخت أخ لسقط لانه عصبة في نفسه ولو

ابن منصور عن أحمد أنه كان لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا على الجدة مع ذي سهم والقول الاول
أظهر في المذهب وأصح وبه قال عامة أهل الرد لانهم تساوا في السهام فيجب أن يتساوا وفيما يفرع
عليها ولان الفريضة لو حالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضا وأما الزوجان فلا
يرد عليهما باخاق من أهل العلم الا أنه يروي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبة
أو ذا رحم فأعطاه لذلك وأعطاه من بيت المال لا على سبيل الرد وسبب ذلك إن شاء الله تعالى أن
أهل الرد كلهم من ذوي الارحام فيدخلون في قوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) في كتاب
الله والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد بن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال
ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي لان الله تعالى قال في الأخت فلها
نصف ما ترك ومن رد عليها جعل لها السكل ولانها ذات فرض مسمى فلا تزداد عليه كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت
فيكونون أولى من بيت المال لانه لسائر المسلمين وذوو الرحم أحق من الاجانب عملا بالنص وقال النبي
ﷺ « من ترك مالا فليورثه ومن ترك مالا فليأقالي - وفي لفظ - من ترك مالا فليأقالي ومن ترك مالا فليورثه » متفق عليه
وهذا عام في جميع المال وروى وائلة ابن الاسقع أن النبي ﷺ قال « تحوز المرأة ثلاث موارث
لقبطها وعقيقها وولدها الذي لاعت عليه رواء ابن ماجة فجعل لها ميراث ولدها المتني باللعان خرج من

كان مع الاخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لأعجبت الأم إلى السدس وبقي لهما السدس وأخذوه ولم تزل المسئلة وأصل المسئلة في الأكدية ستة وعالت إلى تسعة وسهام الاخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا نصيب فضررب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين ثم كل من له شيء في أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة لزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم اثنتان في ثلاثة ستة ويبقى اثنا عشر بين الجد والاخت على ثلاثة له ثمانية ولها أربعة ويعاها بها فيقال أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي، ويقال امرأة جادت قوما فقالت أني حامل فان ولدت ذكر آ فلا شيء له وان ولدت أنثى فلها اسم المال وثالث تسعة وان ولدت ولدين فلها السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكر آ فلي ثلث المال وان ولدت أنثى فلي تسعة وان ولدت ولدين فلي سدسه

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد : للزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة أصلها من اثني عشر ونصيب من ستة وثلاثين فان كان مكان الاخت أخ فالباقي بينهما نصيبين ونصيب من أربعة وعشرين وان كانتا أختين فاسمها وصحت من ثمانية وأربعين فان كان أخ وأخت أو ثلاث أخوات فجميعوا الأم إلى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين فان

ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولانها من ورثه بالرحم فكانت أحق بالمال من بنت المال كصباته فاما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا يعني أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولا يوبى لكل واحد منها السدس ان كان له ولد) لا يعني أن يكون للأب السدس وما فضل عن البنت بحجة التصيب وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة كذا هنا تستحق النصف بالقرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الأرحام.

(مسئلة) (فان كان المردود عليه واحداً أخذ المال كله بالفرض والرد كأم أو جدة أو بنت أو أخت وان كانوا جماعة من جنس واحد كنات أو أخوات أو جدات اقتسموه كالنصبة من البنين والاخت وسائر النصبات فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الرد

(مسئلة) (وان اختلفت أجناسهم فخذ عدد سهامهم من أصل ستة فاجعله أصل مسلتهم، إنما كان كذلك لان الفروض كلها تخرج من أصل الستة إلا الربع والثلث وليس لغير الزوجين وليس من أهل الرد وينحصر ذلك في أربعة أصول (أحدها) أصل اثنتين كجدة وأخ من أم للجددة السدس وللأخ السدس أصلها اثنتان ثم يقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال أصل ثلاثة أم وأخ من أم، أم وأخوان لام للام السدس وللأخوين الثلث بينهما

زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسألة في ثلاثة تصير ستة وثلاثين ويقي له ولهم أحد وعشرون يأخذونها سبعة والباقي لهم فان لم تصح عليهم ضربتهم أو وفقهم في ستة وثلاثين فما بلغ منه تصح بان كانوا من الجهتين لم يبق لولد الاب شي . واستثني ولد الابوين دونهم (فصل) زوجة واخت وجد وجدة فهي كاتني قبيلها في فروعها الا في أن الجدة السادسة مع الاخت الواحدة والاخ الواحد . ونحو كانوا أكثر من واحد كان حكم الجدة والام واحداً ، وان لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقي ثلاثة للجدة سهمان وللأخت سهم فان كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر ، وان كان مكنهما أخ صححت من ثمانية فان كان أخ واخت وثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين ، وإن زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي بينهما واقسم الباقي على الباقي فان كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف ونحو أقل فرض لولد الابوين

(مسئله) قل (واذا كانت ام واخت وجد فالام الثلث وما بقي فبين الجد والاخت

على ثلاثة أسهم للجدة سهمان وللأخت سهم

وهذه المسئلة تسمى الحرقاء انما نسبت خرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكان لا قول آخر فيها

(أصل) . أربعة أخت لابوين واخت لاب أو لام او اخ ، لام او جدة بنت وأم او جدة بنت وبنت ابن (أصل) خمسة ثلاث اخوات مفترقات للأخت لابوين النصف ولكل واحدة من الآخريتين السدس ، أم واخت لابوين أو لاب ، أم ، باخت لابوين وأخت لاب أو لام بنتان وجدة لا تزيد على هذا أبداً لأنها لو زادت سدساً آخر لكل المال ولم يبق منه شيء برد

(مسئله) (قل ان كسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لانه اصل مسئلتهم وانما كان عدد سهامهم اصل مسئلتهم كما صارت السهام في المول هي المسئلة التي يضرب فيها العدد بيان ذلك في اصل اثنين اربع جدات واخ من ام للجدات سهم لا ينقسم عليهن فتضرب عددهن في اصل المسئلة تكن ثمانية للاخ من الام أربعة ولكل واحدة من الجدات سهم

(اصل) ثلاثة ام وثلاثة اخوة من ام للاخوة سهمان لا تصح عليها اضرب عددهم في اصل

المسئلة تصير تسعة ومنها تصح

(اصل) أربعة أخت لابوين واربع اخوات لاب تضرب عددهن في اصل المسئلة وهو أربعة

تكن ستة عشر ومنها تصح .

(اصل) خمسة ام واخت لابوين واربع اخوات لاب لمن سهم لا يصح عليهن تضرب عددهن

في خمسة تكن عشرين ومنها تصح وسنذكره في باب تصحيح المسائل مفصلاً

قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه اللام ثالث والباقي للجدة ، وقول زيد وموافقيه اللام الثالث أصلها من ثلاثة ويبقى مهمان بن الاخت والجدة على ثلاثة ونصف من تسعة ، وقول علي للاخت النصف وللأم الثلث وللجدة السدس : وعن عمر وعبد الله للاخت النصف واللام ثلث ما بقي وما بقي فللجدة ، وعن ابن مسعود للام السدس والباقي للجدة وهي مثل القول الأول في المعنى ، وعن ابن مسعود أيضاً للاخت النصف والباقي بين الجدة والام نصفين فتكون من أربعة وهي أحدي مائة ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم أثلاث لكل واحد منهم ثلث وهي مثثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال والمسبعة لان معنى الأقوال يرجع الى ستة . وسأل الحجاج عنها الشعبي فقال اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ وذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيدا وابن عباس

(فصل) أم أو جدة وأختان وجد المقامة خير للجدة ويبقى خمسة على أربعة فنصحب من أربعة وعشرين ، أم وأخ وأخت أو ثلاث أخوات وجد نصحب من ستة ، أم وأخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات وجد ثلث الباقي والمقامة سواء فان زادوا على ذلك فرض للجدة ثلث الباقي ، وانتقلت المسئلة إلى ثمانية عشر اللام ثلاثة وللجدة خمسة يبقى عشرة للأخوة والأخوات فنصحب المسئلة عليهم فان كان الاخوة والأخوات من الجهتين فالباقي كله لولد الابن إلا أن يكون راد الابن أخاً واحدة فلها قدر فرضها والباقي لهم ، أم وأخت لابون وأخ وأخت لاب وجد للام السدس وللجدة ثلث الباقي ينتقل

(مسألة) (فان كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من اصل مسئلته وقسمت الباقي على مسئلة الرد وهي فريضة اهل الرد وهو ينقسم اذا كانت زوجة ومسئلة الرد من ثلاثة كامراًة وأم وأخ لام أو أم وأخوين لأم فللمرأة الربع سهم من أربعة يبقى ثلاثة على فريضة أهل الرد وهي ثلاثة ونصف المسئلان من أربعة ، فان انكسر على عدد منهم كاربعة زوجات وأم وأخ لام ، ضربت أربعة في مسئلة الزوجة تكن ستة عشر ومنها نصحب فان لم تنقسم فاصل مسئلة الزوج على مسئلة الرد لم يمكن أن يوافقها لانه إن كانت مسئلة الزوج من اثنين فالباقي بعد نصيبه سهم لا يوافق شيئاً وإن كانت من أربعة فالباقي بعد ميراثه ثلاثة ومن ضرورة كون للزوج الربع أن يكون الميتة ولد ، ولا يمكن أن تكون مسئلة الرد مع الولد من ثلاثة وإن كان الزوج امرأة فالباقي بعد الثمن سبعة ولا توافق السبعة عدداً أقل منها ولا يمكن أن تكون مسئلة الرد سبعة أبداً لان مسئلة الرد لا تزيد على خمسة أبداً ، إذا ثبت هذا قاضى فريضة أهل الرد في فريضة أحد الزوجين فما بلغ قاليه تنتقل المسئلة فاذا أردت القسمة فلاحد الزوجين فريضة الرد واسكل واحد من أهل الرد سهامه من مسئلته مضروب في القاضل عن فريضة الزوج فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم فان لم ينقسم ضربته أو وفقته فيما انتقلت اليه المسئلة وتصحح على ما نذكره في باب التصحيح ونجهر ذلك في خمسة أصول .

(أحدها) : زوج وجدة وأخ لام للزوج النصف أصلها من اثنين له سهم يبقى سهم على مسئلة

إلى ثمانية عشر فللام ثلاثة ولده خمسة وللأخت للابوين النصف تسعة يبقى سهم على ثلاثة فتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد لأنه لو قسم بالجد لا تنقل إلى ستة وثلاثين ثم يبقى سهمان على ثلاثة فتصح من مائة وثمانية ثم ترجع بالاختصار إلى أربعة وخمسين فذلك سميت المختصرة، أم وأخت لابوين وأخوان وأخت لأب وجد أصلها من ستة ثم تنتقل إلى ثمانية عشر ويفضل لولد الأب سهم على خمسة فغيرها في ثمانية عشر تكن تسعين وتسمى تسعينية زيد، وفي هذا الفصل كله الجدة كلام لأن لكل واحدة منها السدس

«مسئلة» قال (وإذا كانت بنت وأخت وجد فللبنت النصف وما بقي فيبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم)

أما كان كذلك لأن المقاسمة هنا أحظ للجد، وقال علي رضي الله عنه للبنت النصف وللجد السدس والباقي للأخت، وعند ابن مسعود الباقي بعد فرض البنت بين الجد والأخت نصفين لأن كل واحد منهما لو انفرد أخذ المال بالتعصيب فإذا اجتمعا اقتسما كالوكان مكنتها أخ، فأما علي فبني على أصله في أن الأخوات لا يقاسمن الجد وإنما يفرض لمن فلم يفرض لها هنا لأن الأخت مع البنت مصيبة وأعطى للجد السدس كالو انفرد معها وجعل لها الباقي

الرد وهي اثنان أيضاً فاضرب اثنين في اثنين تكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الأصل إلا على حين واحد وهو الجدات
(الأصل الثاني) : زوجة وجدة وأخ لام مسئلة الزوجة من أربعة ثم تنتقل إلى ثمانية ولا يكون الكسر إلا على الجدات أيضاً .

(الأصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن، مسئلة الزوج من أربعة ثم تنتقل إلى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لابوين وأخت لأب، أو أخت لأم، أو جدة، أو جدات، ومثلها زوجة وأخت لأب وأخت لأم أو جدة

(الأصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن أو أم أو جدة، مسئلة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل إلى اثنين وثلاثين .

(الأصل الخامس) زوجة وبنت وبنت ابن وجدة، أو ابنتان وأم، أصلها من ثمانية ثم تنتقل إلى أربعين وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت إليه المسئلة. ومثال ذلك أربع زوجات وأحد عشر بنتاً وأربع عشر جدة، مسئلة الزوجات من ثمانية، فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين للزوجات فريضة أهل الرد خمسة لانصح عليهن ولا توافق بين خمسة وثلاثون للجدات خمسين سبعة على أربع عشرة توافق بالاسباع فرجمن إلى اثنين ويبقى

ولنا أن الجد يقاسم الأخت في أخذها إذا كان معها أخ فكذلك إذا انفردت وهذه إحدى مبرعات ابن مسعود

(فصل) بنت وأخ وجد الباقي بمد فرض البنت بينهما نصفين وإن كان معه أخته فالباقي بينهم على خمسة، وإن كان أخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة فإن زادوا فلا حظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فإن كانوا من الجهتين فليس لولد الأب شيء. ويأخذ ولد الأبوين جميع الباقي بنت وأختان وجد الباقي بين الجد والأختين على أربعة ونصف من ثمانية فإن كن ثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة فإن كن أكثر من أربع فله السدس أو ثلث الباقي والباقي لمن

(فصل) بنتان أو أكثر أو بنت ابن وأخت وجد فالبنتين اثنتان والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة ونصف من تسعة وإن كان مكانها أخ فالباقي بينهما على اثنين ونصف من ستة وإن كان مكانه أختان صححت من اثني عشر وبستوي في هاتين المسألتين السدس والمقاسمة فإن زادوا عن أخ أو عن أختين فرضت لجد السدس وكان الباقي لهم فإن كان معهم أم أو جدة فلا جد السدس ولا شيء. الأخوة والأخوات.

(فصل) زوج وأخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للأخت

لبنات ثمانية وعشرون توافق بالأسباع أيضاً فيرجع إلى ثلاث والابنتان يدخلن في عدد الزوجات فتضرب ثلاثة في أربعة تكون اثني عشر ثم في أربعين تسكن أربعاً وعشرين.

(نصل) ومضى كان مع أحد الزوجين واحد منفرد بمن يرد عليه فانه يأخذ الفاضل عن الزوج ولا تنتقل المسئلة كزوجة وبنت للزوجة الثمن والباقي للبنت بالفرض والرد وإن كان معه فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الأخوات قسمت الفاضل عليهم كالمصبة فإن انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الزوج والله أعلم

باب تصحيح المسائل

إذا لم ينقسم سهم فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة ثم يصير لكل واحد من الفريق مثل ما كان لجماعتهم إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء فيجزيك ضرب وفق عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ منه تصح ثم يصير لكل واحد من الفريق وفق ما كان لجماعتهم، فإذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم. مثله زوج وأم وثلاثة أخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم يبقى للأخوة سهمان لا تقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو

النصف ولجد السدس ومالت الى سبعة وان كان مع الاخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وعندهما
لهما الثلثان وتصل الى ثمانية وان كان مكانهما اخ فالباقي بينهما نصفين وان كان اخ وأخت أو ثلاث
أخوات قاسمهم الجدة وان كان اخوان أو من بعدهما استوى السدس وثلاث الباقي والمقاسمة فان
زادوا فرضت له السدس والباقي لهم وان كان زوج وبنت وأخت وجد للزوج الربع وللبنت النصف والباقي
بينهما على ثلاثة ويستوى السدس ههنا والمقاسمة فان زادوا على أخت واحدة فرضت للجد السدس
والباقي لهم وان كان مع الزوج ابنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سقعت الاخوة والاخوات
وفرضت للجد السدس ومالت الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت وأخت وجد الباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فان كان
مكان الاخت اخ أو اختان فالباقي بينهم وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين
وان زادوا فرضت للجد السدس وانتقلت المسئلة إلى أربعة وعشرين ثم تصح على المنكسر عليهم
وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن وبنت وأم أو جدة فرضت للجد السدس ويبقى
للاخوة والاخوات سهم من أربعة وعشرين

(باب ذوي الارحام)

وهم الاقارب الذين لا فرض لهم ولا نصيب وهم أحد عشر حيزاً وند البنات وولد الاخوات
وبنات الاخوة وولد الاخوة من الام والعمات من جميع الجهات والعم من الام والاخوال والحالات

ثلاثة في أصل المسئلة وهو ستة تكن ثمانية عشر سهماً للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم سهم في ثلاثة
ثلاثة وللأخوة سهمان في ثلاثة ستة لكل واحد سهمان وهو ما كان لجماعتهم فان كان الاخوة أربعة
كان سهامهم توافقهم بالنصف فتضرب نصفهم وهو اثنان في المسئلة تكن اثني عشر فإذا أردت القسمة
ضربت سهام كل وارث في وفق عددهم وهو اثنان

(مسئلة) (وان انكسر على فريقين أو أكثر لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يكونا
مباثلين كثلاثة وثلاثة فيجزيك ضرب أحدهما في المسئلة وطريق قسمتها مثل طريق القسمة فيها إذا
كان الكسر على فريق واحد سواء .

مثاله ثلاثة أخوة لام وثلاثة لاب لولد الام الثلث والباقي لولد الاب أصلها من ثلاثة لولد الام سهم
على ثلاثة لا ينقسم ولولد الاب اثنان على ثلاثة لا ينقسم ولا يوافق فتضرب أحد العددين وهو ثلاثة
في أصل المسئلة تكن تسعة لولد الام سهم في ثلاثة ثلاثة لكل واحد سهم ولولد الاب اثنان في ثلاثة
سنة لكل واحد سهمان مثل ما كان لجماعتهم ولو كان ولد الاب ستة وافقت سهامهم بالنصف فرجع
عددهم إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العددان متساويين وهو أن ينتسب إلى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه
أو ثلثه أو نحو ذلك فيجزيك ضرب الأكثر منها في المسئلة وعولها .

وبنات الاعمام والجد أبو الام وكل جدة أدلت باب بين أمين أو باب أهل من الجد هؤلاء ومن أدلى بهم يستون ذوي الارحام وكان أبو عبد الله يورثهم إذا لم يكن ذو فرض ولا عصبية ولا أحد من الوراثة الا الزوج والزوجة، روي هذا القول عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ ابن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وعقمة ومسروق وأهل الكوفة وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال، وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وأبو ثور ودارد وابن جرير لأن عطاء بن يسار روى أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والحالة فأُنزل عليه أن لا ميراث لها رواه سعيد في سننه لأن العمة وابنة الاخ لا ترثان مع أخويهما فلا ترثان منفردتين كالأجنبيات وذلك لأن انعام الاخ اليهما يؤكدهما ويقويهما بدليل أن بنات الابن والاخوات من الاب بعصبن أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والاخوات من الابوين ولا يرثن منفردات فإذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ولأن الموارث إنما تثبت نصاً ولا نص في هؤلاء.

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أي أحق بالتوارث في حكم الله تعالى قال أهل العلم كان التوارث في ابتداء الاسلام بالخلف وكان الرجل يقول للرجل دمي

مثاله جدتان وأربعة اخوة لاب للجدتين السدس والاخوة ما بقي أصلها من ستة وعددهم لا يوافق سهامهم وعدد الجدات نصف عدد الاخوة فأكثر وهو أربعة واضربه في أصل المسئلة تكن أربعة وعشرين للجدات سهم في أربعة والاخوة خمسة في أربعة وعشرين لكل واحد خمسة ولو كان عدد الاخوة عشرين لوافقهم سهامهم بالاحساس فيرجع عددهم إلى أربعة والعمل على ما ذكرنا (النسب الثالث) : أن يكون السددان متباينين لا يماثل أحدهما صاحبه ولا يناسبه ولا يوافقه فنضرب أحدهما في جميع الآخر فما بلغ فهو جزء السهم فاضربه في المسئلة فما بلغ فنه تصح ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في جزء السهم .

مثاله أم وثلاثة اخوة لام وأربعة لأب أصلها من ستة لولد الام سهمان لا يوافقهم ولولدا لاب ثلاثة لا يوافقهم والعددان متباينان فاضرب أحدهما في الآخر تكن اثني عشر ثم في أصل المسئلة تكن اثنين وسبعين ومنها تصح للام سهم في اثني عشر ولولد الام سهمان في اثني عشر أربعة وعشرون لكل واحد ثمانية ولولد الاب ثلاثة في اثني عشر ستة وثلاثون لكل واحد تسعة إن وافق احد المدين سهامه دون الآخر اخذت وفق الموافق وضربه فيما لم يوافق وعمات على ما ذكرنا وإن وافقا جميعاً ساهما رددتهما إلى وفقهما وعملت في الوفقين عملك بالمدين الأصليين

(فصل) فإن أردت أن تعرف ما لاحدكم قبل التصحيح فاضرب سهام فريقه في الفريق الآخر فما خرج فهو له فإذا أردت أن تعلم مال كل واحد من ولد الام فلفريقه من أصل المسئلة سهمان اضربهما في عدد الفريق الآخر وهو أربعة تكن ثمانية فهي لكل واحد من ولد الام وللفريق ولد الاب ثلاثة اضربهما في عدد ولد الام تكن تسعة فهي لكل واحد منهم .

دمك ومالي مالك تنصرتني وأنصرك وترثني وأرثك فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة وذلك قول الله عز وجل (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصابهم) ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالإسلام والمجرة فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا إياكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى (وأرلوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وروى الإمام أحمد بإسناده عن سهل بن حنيف أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ولم يترك إلا خلا فكتب فيه أبو عبيدة إلى عمر فكتب إليه عمر أني سمعت رسول الله ﷺ يقول « الحال وارث من لا وارث له » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى المقداد عن النبي ﷺ أنه قال « الحال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبو داود وفي لفظ « مولى من لا مولى له يعقل عنه ويملك عانيه » فإن قيل المراد به أن من ليس له إلا خال فلا وارث له كما قال الجوزي زاد من لازاد له والماء طيب من لا طيب له والصبر حيلة من لا حيلة له أو أنه أراد بالحال السلطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة (أحدها) أنه قال يرث ماله وفي لفظ. قال يرثه (والثاني) أن الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر بهذا جوابا لأبي عبيدة حين سأله عن ميراث الحال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(الثالث) أنه سماه وارثا والاصل الحقيقة وقولهم أن هذا يستعمل لأنني قلنا والاثبات كقولهم بإعداد من لا أعاد له بإسناد من لا سند له بإذخر من لا ذخيرة له

(القسم الرابع) أن يكون العدنان متفقين بنصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك من الأجزاء فانك رد أحد العددين إلى وفقه ثم تضربه في جميع الأجزاء فما بلغ ضربته في المسئلة .
ومثال ذلك زوج وست جدات وتسعة أخوة فينفقان بالثلث فترد الجدات إلى ثلثين اثنين وتضربها في عدد الأخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسئلة تكن مائة وثمانية ومنها تصح
(فصل) فإن كان الكسر على ثلاثة أحياء نظرت فإن كانت مائة كثلث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدها في المسئلة فما بلغ فنه تصح المسئلة ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعهم وإن كانت متناسبة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجزأت بأكثرها وهي العشرة فضربها في المسئلة تكن ستين ومنها تصح ، وإن كانت متباينة مثل أن يكون الأعمام في هذه المسئلة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسئلة تكن مائة وثمانين وإن كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عما ضربت وفق عدد منها في جميع الأجزاء فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث فما بلغ ضربته في أصل المسئلة ومنها تصح وإن تماثل اثنان منها وبأيهما الثالث أو وافقها ضربت أحد المائتين في الثالث أو في وفقه وإن وافق فما بلغ ضربته في السنة وإن قاسم اثنان وبأيهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وفقه إن كان موافقا

وقال سعيد حدثنا أبو شهاب عن محمد بن اسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن حمه واسم بن حبان قال توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثا ولا عصبية فرفع شأنه الى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله الى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ، ورواه أبو عبيد في الاموال الا أنه قال : ولم يخلف الا ابنة اخ له فقضى النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه ولأنه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض وذلك لأنه سارى الناس في الاسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته وبعد الموت بوصيته فاشبه ذوي الفروض والعصباء المحجوبين اذا لم يكن من يحجبهم وحديثهم مرسل ثم يحتمل انه لا ميراث لهما مع ذوي الفروض والعصباء ولذلك سعى الحال وارث من لا وارث له أي لا يرث إلا عند عدم الوارث ، وقولهم لا يرثان مع اخوتها قلنا لانها أقوى منها ، وقولهم ان الميراث إنما ثبت لهما قلنا قد ذكرنا نصوصا ثم التعليل واجب بها أمكن وقد أمكن هنا فلا يصار إلى التعبد المحض

(مسئلة) قال (ويورث ذوو الارحام فيجعل من لم يسم له فريضة على منزلة من سميت له ممن هو نحوه فيجعل الخلال بمنزلة الام والعمة بمنزلة الاب وعن أبي عبد الله

ثم في المسئلة وإن توافق اثنان وبأيهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث وإن تباين اثنان ووافقهما الثالث كاربعة أعمام وست جدات وتسع بنات اجزاء ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضرب في المسئلة ويسمى هذا الموقوف المقيد لانك إذا رددت وقف أحدهما لم تقف الا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى اثنين لدخلا في الاربعة وأجزاء الضرب الاربعة في التسعة ولو وقفت الاربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزاء الضرب الاربعة في التسعة فأما إن كانت الاعداد الثلاثة متوافقة فانه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان (الاول) ما ذكرنا من قبل وهو طريق الكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردها الى وقفها ثم تنظر في الوقفين فان كانا متباينين ضربت أحدهما في الموقوف وإن كانا متساوين ضربت أكثرهما وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف وان كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ ضربته في المسئلة

ومثال ذلك عشر جدات واثنا عشر عما وخمس عشرة بنات تقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف فتخرج إلى ستة وافقها الخمس عشرة بالاخماس فتخرج إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثلاثمائة وستين وإن وقفت الاثني عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما متباينان فتضرب الخمسة في الاثني عشر ستين وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين والاثنا عشر إلى اربعة ودخل الاثنان في الاربعة فتضربها في الخمس عشرة ثم في المسئلة

رحم الله رواية اخرى انه جعلها بمنزلة العم وبنت الاخ بمنزلة الاخ وكل ذي رحم لم يسم له فريضة فهو على هذا النحو)

مذهب أبي عبد الله في توريث ذوي الارحام مذهب أهل التنزيل وهو ان ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فان بعدوا نزلوا درجة درجة إلى أن يصلوا من يمتون به فيأخذون ميراثه فان كان واحداً أخذ المال كله وان كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل وارث جعل لمن يمت به فان بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم وهذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحماد ونعيم وشريك وابن أبي ابيلى والثوري ، وسائر من ورثهم غير أهل القرابة

وقد روي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما انها نزلت بنت البنت بمنزلة البنت وبنت الاخ بمنزلة الاخ وبنت الاخت بمنزلة الاخت والعمة بمنزلة الاب والخالدة بمنزلة الام . وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والخالدة وعن علي أيضا انه نزل العمة بمنزلة العم وروي ذلك عن علقمة ومسروق وهي الرواية الثانية عن أحمد رضي الله عنه، وعن الثوري وأبي عبيد انها نزلها بمنزلة الجد مع ولد الاخوة والاختوات ونزلها آخرون بمنزلة الجد، وأما صار هذا الخلاف في العمة لأنها أدات بأربعة جهات وارثات قلاب والعم أخوها والجد والجددة أبوها، ونزل قوم الخالة جدة لان الجددة أمها والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا والخالدة أما

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة الطريق في ذلك ان تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فان بقي به فالمددان متناسبان وان لم يبق ولكن بقيت منه بقية القيتين من العدد الأقل فان بقيت منه بقية القيتين من البقية الاولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى تصل الى عدد يقضي الملقى منه غير الواحد فأي بقية بقيت بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء تلك البقية ان كانت اثنين فبالانصاف وان كانت ثلاثة فبالثلاث وان كانت أربعة فبالارباع وان كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فنحو ذلك وان بقي واحد فالمددان متباينان. وما يدل على تناسب العددين أنك اذا زدت على الأقل مثله أبداً ساوى الأكثر وبقي قسمت الأكثر على الأقل انقسم بقية الصحيحة ومضى نسبت الأقل الى الأكثر انتسب اليه بجزء واحد ولا يكون ذلك الا في المنتصف فما دونه

باب المناسبات

ومناها أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسم تركته ولها ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون ورثته الثاني يروونه على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا نصبة لها فاقسم المال بين من بقي منهم ولا ينظر الى الميت الاول .

لوجوه ثلاثة، أحدها (ماروى الزهري أن رسول الله ﷺ قال «العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب والحالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينهما أم» وراه الامام أحمد (الثاني) أنه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا مخالف لهم في الصحابة (الثالث) أن الاب أقوى جهات العمة والام أقوى جهات الخالة فتمين تنزيلهما بهما دون غيرها كنت الاخ وبنت العم فانهما ينزلان منزلة أبويهما دون اخويهما ولانه اذا اجتمع لها قرابات ولم يكن تورثها بحبيبهما ورثتا باتواهما كالمجوس عند من لم يورثهم بجميع قراباتهم وكالاخ من الابوين فاننا نورثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه فانما أبو حنيفة وأصحابه قاتلهم ورثوهم على ترتيب العصبات فجعلوا أولادهم من كان من ولد الميت ون سفلوا ثم ولد ابويه أو أحدهما وان سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وان سفلوا كذلك أبدا لا يرث بنوا أب أعلى وهناك بنوا اب أقرب منه وان نزلت درجاتهم وعن أبي حنيفة أنه جعل ابا الام وإن على أولى من ولد البنات ويمنى مذهبهم مذهب أهل القرابة .

ولنا أنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب الحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يقطر ولد أبيه فارادى أن لا يسقطهم ولده .

(مسائل) من ذلك بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة فإن كان متهما بنت أخ قابلي لها وتصح من ستة فإن كان متهما خالة فبنت البنت النصف وابنت بنت الابن السدس نكحة

مثال ذلك أربع بنين وثلاث بنات ماتت بنت ثم ابن ثم بنت أخرى ثم ابن آخر وبقي ابنان وبنت فأقسم المسئلة على خمسة ولا يحتاج الى عمل مسائل وكذلك نقول في أبوين وزوجة وابنين وبنين ماتت بنت ثم ماتت الزوجة ثم مات ابن ثم مات الاب ثم الام فقد صارت الموارث كلها بين الابن والبنات الباقيين أثلاثا واستغنيت عن عمل المسائل وبها اختصرت المسائل بعد التصحيح بالموافقة بين السهام فاذا صححت المسئلة نظرت فيها فان كان لجميعها كسر يتفق فيه جميع السهام رددت المسئلة الى ذلك الكسر ورددت سهام كل وارث اليه ليكون أسهل في العمل

مثاله زوجة وابن وبنت ماتت البنت تصح المسئلان من اثنين وسبعين للزوجة بحقها ستة عشر وللابن ستة وخمسون تتفق سهامها بالأثمان فتردها الى ثمنها تسعة للزوجة سهران وللابن سبعة (الحال الثاني) أن يكون ما بعد الميت الاول من المولى لا يرث بعضهم بعضاً كاخوة خائف كل واحد منهم بنته فأجمل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح

مثال ذلك رجل توفي وترك أربعة بنين فمات أحدهم عن اثنين والثاني عن ثلاثة والثالث عن أربعة والرابع عن ستة فالمسئلة الاولى من أربعة ومسئلة الابن الاول من اثنين ومسئلة الثاني من ثلاثة ومسئلة الثالث من أربعة ومسئلة الرابع من ستة فأجملها كأعداد أربعة فالانسان تدخل في الاربعة والثلاثة في الستة والاربعة توافق الستة بالانصاف فتضرب نصف إحداها في الاخرى تكن اثني عشر

الثلاثين والخالة السدس والباقي لبنت الاخ فان كان مكان الخالة عمة حجب بنت الاخ واخذت الباقي لان العمة كالأب تستقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الاخ واسقط العمة ومن نزلها جدا قاسم بنت الاخ اثنتي عشرة بينهما نصيبين ومن نزلها جدة جعل لها السدس وابنت الاخ الباقي وفي قول اهل القرابة أنه لا يرث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئاً (فصل) إذا انفرد أحد من ذوي الارحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم وان كانوا جماعة لم يخل اما أن يدلوا بشخص واحد أو بجماعة فان أدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة فالأول بينهم على حسب مواريثهم منه فان أسقط بعضهم بعضاً كالأب والاخت فالأول فأسقط الاخوال لان الأب يسقط الاخوة والاختوات فان كان بعضهم أقرب من بعض فالميراث لأقربهم كخالة وأم أبي أم أو ابن خال فالميراث للخالة لانها تلقي الام بأول درجة ، وهذا قول عامة المنزليين الا أنه حتى من النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الام خاصة أنهم امانوا الام وجعلوا نصيبها لورثتها ويسحق قولهم قول من أمات السبب واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي الارحام فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الام لانها اخت ولأم أبي الام السدس لانها جدة والباقي لابن الخال لانه ابن اخ ولنا أن الميراث من الميت لامن سببه ولذلك ورثنا ام ام لأم دون ابن عم الام بعير خلاف

ثم نضعها في المسئلة الاولى تكن ثمانية وأربعين لورثة كل ابن اثنا عشر فلكل واحد من بني الاول ستة ولكل واحد من بني الثاني أربعة ولكل واحد من بني الثالث ثلاثة ولكل واحد من بني الرابع سهمان (الحال الثالث) ما عدا ذلك وهي ثلاثة أقسام (أحدها) أن تقسم سهام الميت الثاني على مسئلة الثاني (الثاني) أن لا ينقسم عليها بل يوافقها (الثالث) لا ينقسم عليها ولا يوافقها فالطريق في ذلك أن تصح مسئلة الاول ثم انظر بما صار للثاني منها فاقسمه على مسئلته بعد أن تصحيحها فان انقسمت صححت المسئلان مما صححت منه الاولى كرجل خلف امرأة وبنتاً وأخاً ثم ماتت البنت وخلفت زوجاً وبنتاً وعماً فان لها من المسئلة الاولى أربعة ومسلتها من أربعة فصحت المسئلان من ثمانية وصار للاخ أربعة من أخيه ثلاثة ومن بنت أخيه سهم

ومن ذلك أم وعم مات العم وخلف بنته وعصبة المسئلة الاولى من ثلاثة والثانية من اثنين فصحت المسئلان من ثلاثة . ثلاث أخوات مفترقات ماتت الاخت من الابوين وخلفت ابنتين ومن خلفت تصح المسئلان من خمسة . بنت وبنت ابن وأخ ماتت البنت وترك ابنتين وعمها صححت المسئلان من ستة وصار للاخ ثلاثة . زوج وجدة وابنتا ابن من ثلاثة عشر ماتت إحداها عن أربعة وترك زوجاً وبنتاً وأختها صححت المسئلان من ثلاثة عشر وصار للاخ خمسة . زوجة وأم وابن ماتت الام وترك زوجاً وبنتاً وابن ابن من أربعة وعشرين . زوجة وأم وعم مات العم وترك ثلاث بنين وبنتاً من اثني عشر تصح المسئلان

أيضا في أبي أم وابن عم أبي أم أن المال لا يجد لانه أقرب ولو كانت الام الميتة كان وارثها ابن عم أبيها دون أبي أمها، خالة وأم أبي أم وعم أم المال لا خالة وعندهم لا خالة النصف والجدة السدس والباقي للعم فان لم يكن فيها عم أم فالمال بين الخالة وأم أبي الام على أربعة فان لم يكن فيها جدة فالمال بين الخالة وعمها نصفين، ابن خالة وابن عم أم المال لابن الخالة وعندهم لابن عم الام. فأما إن أدلى جماعة بجماعة جعلت المال المدلى بهم كأنهم أحياء فقسمت المال بينهم على ما نوجبه الله بضعة فما صار لكل واحد منهم فهو لمن أدلى به إذا لم يسبق بعضهم بعضا فان سبق بعضهم بعضا وكانوا من جهة واحدة فالسابق إلى الوارث أولى وإن كانوا من وجهين نزل البعيد حتى يالحق بمن أدلى به فيأخذ نصيبه سواء سقط به القريب أو لم يسقط هذا ظاهر كلام احمد رضي الله عنه نقل عنه جماعة من أصحابه في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم لاخالة اثنتان ولا بنت ابن العم الثلثان ولا تعطى بنت الخالة شيئا ونقل حنبل عنه أنه قال : قال سفيان قولا حسنا إذا كانت خالة وبنت ابن العم تعطي الخالة الثلث وتعطي بنت ابن العم اثنتين وظاهر هذا يدل على ما نأناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح ، وقال ضرار ابن مردد أن كان البعيد إذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى وإن لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى يلحق بالوارث ، وقال سائر المنزليين الأسبق إلى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في

(القسم الثاني) أن توافق سهام الميت الثاني مسئلته بالطريق فيها أن تضرب وفق مسئلته في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في وفق الثانية ومن له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني كرجل خلف امرأة وبنتاً وأخاً ثم ماتت البنت وخلفت زوجاً وبنتاً وأمها وهي الزوجة وعماً فان المسئلة من ثمانية للبنت النصف أربعة ومسئلتها من اثني عشر توافق سهامها بالربيع فتضرب ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون فكل من له شيء من ثمانية مضروب في ثلاثة وهو وفق المسئلة الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني وهو سهم ومن ذلك أم وابنان وبنت مات أحد الابنين وخلف من خلف الاولى من ستة لابن منها سهمان وقد خلف جدته وأخاه وأخته فمسئلته من ثمانية عشر توافق سهميه بالنصف فاضرب نصف مسئلته تسعة في الاولى وهي ستة تكن أربعة وخمسين للام من الاولى سهم في تسعة وفق الثانية ولها من الثانية ثلاثة في سهم صار لها اثنا عشر وللابن الباقي سهمان في تسعة ثمانية عشر ومن الثانية عشرة في سهم صار له ثمانية وعشرون ولاخيه أربعة عشر

(القسم الثالث) أن لا ينقسم سهام الثاني على مسئلته ولا يوافقها بالطريق فيها أن تضرب المسئلة الثانية في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني .

(مسائل في هذا الباب) بنت بنت بنت بنت بنت بنت وأخ المال بين الأولى والثالثة وسقطت الثانية إلا عند محمد بن سالم ونعيم فانها تشاركهما ومن ورث الأقرب جعله ابنت الأخ لانها أسبق وقول أهل القرابة هو المارلى وحدها لانها من ولد الميت وهي أقرب من اثنائية، ابن خال وبنت عم ثلث وثلثان ومن ورث الأسبق جعله لبنت العم ، وإن كان معها بنت حمة فلا شيء لها لان بنت العم أسبق الى الوارث منهما وهما من جهة واحدة ، وإن كان معهم حمة سقطت بنت العم لان العمة بمنزلة الاب وبنت العم بمنزلة العم بنت بنت وبنت بنت ابن المال لبنت بنت الابن عند الجميع

(فصل) وربما اختلف الحكم بكون الميت الاول رجلا او امرأة فيحتاج الى السؤال عن ذلك مثال ذلك اذا قيل أبوان وابنتان لم تنقسم التركة حتى ماتت احدى البنتين ان كان الميت الاول رجلا فالاب جد وارث في الثانية لانه أبوأب وتصح المستلтан من اربعة وخمسين وان كان الميت الاول امرأة فالاب ابو الام في الثانية لا يرث لانه من ذوي الارحام وتصح المستلتان من اثني عشر وتسمى المأمونية لان المأمون سأل عنها يحيى بن اكنتم حين أراد توليته القضاء ليختبر فهمه فقال يا امير المؤمنين من الميت الاول فعلم أنه فهموا

(مسئلة) فان مات ثالث جمعت سهامه مما صحت منه الاوليان وعمت فيها عمك في مسئلة الثاني مع الاول وكذلك تصنع في الرابع ومن بعده

إلا عند ابن سالم ونعيم، بنت بنت وابن أخ من أم المال الاولى ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل أسقط القريب بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة عند جميع المنزائين وعند أهل القرابة هو بنت البنت لانها أقرب ابن بنت وبنت أخ هو بينهما ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت ابن بنت وابن ابن أخ لأبوين المال بينهما وعند من ورث الاقرب وأهل القرابة هو للاول بنت أخ وبنت هم أو بنت عمه المال لبنت الاخ وقياس قول أحمد رضي الله عنه في توريث البعيد من القريب إن كان من جهتين أن يكون لبنت العم والعمة لانهما من جهة الأب وذلك قول ضرار أيضاً ابن أخ وأخت وابن عم لام المال بينهما ، ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخت وهو قول أهل القرابة أيضاً لانهما من ولد أبي الميت وابن العم للام من ولد أبي أبيه بنت عم وبنت عم أب هو للاولى عند الجميع إلا عند ابن سالم ونعيم بنت بنت بنت وأم أب أم المال بينهما على أربعة بنت بنت بنت وأب وأم أب مثلها عندنا وعند من ورث لأقرب جعله لثاني بنت بنت بنت ابن وعمه أو خالة للاولى النصف في الاولى ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الاقرب الكل للعمه والخالة ، ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثاً الابوة والبنوة والامومة لان جعل الامومة جهة خامسة يفضي الى اسقاط بنت العم ببنت العمه كما ذكرنا ، وإن جعلنا الاخوة جهة رابعة مع نفي جهة العمومة أفضى الى اسقاط ولد الاخوة والاخوات ببنت الامام والعمات واذا جعلنا جميعهم جهة واحدة وورثنا أسببهم الى الوارث كان أولى والله أعلم

ومثال ذلك زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات . المسئلة الاولى ، من خمسة عشر، ماتت الاخت من الابوين وخلفت زوجاً ومن خلفت فستلها من ثمانية وسهامها ستة يتفقان بالنصف فتضرب نصف مسئلتها في الاولى تكن ستين ثم ماتت الام وخلفت زوجاً وأختاً وبنتها وهي الاخت من الام ، فستلها من أربعة ولها من المسئلتين أحد عشر سهماً لا توافق مسئلتها تضرب مسئلتها في الاولين تكن مائتين وأربعين ومنها تصح الثلاث .

ومثال الاربعة زوجة وابوان وابنتان ، لم يقسموا حتى مات الاب وخلف أخا لاب وأم ، ومن خلف ثم ماتت الام وخلفت أما وعماً ومن خلفت ثم ماتت إحدى البنين وخلفت زوجاً ومن خلفت تصح الاولى من سبعة وعشرين ، والثانية من أربعة وعشرين ، توافق تركة الاب بالارباع ثم ماتت الام عن سبعة وعشرين وخلفت أما وبنتي ابن وعماً فستلها من ستة وتركتهما توافقها بالاثلاث ثم ماتت إحدى البنيتين عن مائة وثلاثين وتركزت زوجاً وأماً وأختاً فستلها من ثمانية وتركتهما توافقها بالنصف فتصح المسائل الاربع من الف ومائتين وستة وتسمين للزوجة من الاولى والرابعة مائتان وأربعة وسبعون وللبنت الباقية من المسائل الاربع سبعمائة وخمسة عشر ، ولأخي الميت الباقي أربعون ، ولأم الثالثة ستة وثلاثون ، ولعمها كذلك ، وللزوج الرابعة مائة وخمسة وتسعون ، وزوج ، وأم ، وست أخوات

(مسئلة) قال (وإذا كان وارث غير الزوج والزوجة أو مولى نعمة فهو أحق بالمال من ذوي الارحام)

في هذه المسئلة فصل ثلاثة : (أحدها) أن الرد يقدم على ميراث ذوي الارحام ففي خلف لبيت عصبة أو إذا فرض من أقاربه أخذ المال كله ولا شيء . فدرى الارحام وهذا قول عامة من ورث ذوي الارحام . وقال الحنبري لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ماروي عن سعيد بن المسيب وعمر ابن عبد العزيز أنهما ورثا المال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى إلا بخلاف الاجماع ، وقول النبي ﷺ (الحال وارث من لا وارث له) ومن مسائل هذا النصل أبو أم وجدة المال لجدته بنت ابن وبنت بنت ابن ابن وابن وأخت عم وعمه ثلاثا بني إخوة مفترقين لاشي . فدرى الرحم في جميع ذلك (الفصل الثاني) أن المولى المعتق وعصبانه أحق من ذوي الارحام وهو قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم وقول من لا يرى توريثهم أيضا . وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال ابنه أبو عبيدة وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وعلمة والاسود وعبيدة ومسروق وجابر بن زيد والشعي والنخعي والقاسم بن عبد الرحمن وعمر بن عبد العزيز وميمون ومهران والاول أصح لقوله

مفترقات ، ماتت الام وتركزت أبوها ومن خلفت ، ثم ماتت أخت من أب وأم وتركزت زوجا وجدة ومن خلفت ثم ماتت أخت من أم وخلفت زوجا وجدة ومن خلفت الاولى عشرة والثانية من ستة قصير الاثنان من ستين والثالثة من عشرين وماتت عن ثلاثة عشر لا توافق فتضرب عشرين في ستين تكن ألفاً ومائتين والرابعة من ثمانية وماتت عن مائة وستة وستين توافقها بالانصاف فتضرب أربعة في الف ومائتين تكن أربعة آلاف وثمان مائة.

(باب قسم التركات)

إذا خلف تركة معلومة فأمكنك نسبة نصيب كل وارث من المسئلة فاعطه أهمل تلك النسبة من التركة ، مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان المسئلة من خمسة عشر والتركة أربعون ديناراً ، فلزوج ثلاثة وهي خمس المسئلة فله خمس التركة ثمانية دنانير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسئلة فله ثلثا الثمانية وذلك خمسة دنانير وثلث دينار ولكل واحدة من البنيتين مثل ما للأبوين كليهما وذلك عشرة وثلثان وإن شئت قسمت التركة على المسئلة وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فما بلغ فهو نصيبه فإذا قسمت التركة على المسئلة هنا كان الخارج بالقسم دينارين وثلثين . وإذا ضربتها في نصيب الزوج وهو ثلاثة كان ثمانية دنانير وإذا ضربتها في نصيب كل واحد من الابوين كانت خمسة وثلثاً

عليه السلام والخل وارث من لا وارث له ، والمولى وارث ولان المولى يعقل وينصر فأشبه العصبية من النسب .

(الفصل الثالث) في توريثهم مع الزوج والزوجة لا أعلم خلافا بين من ورثهم أهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب له ولا معاولة ، واختلف في كيفية توريثهم معه فروى عن امامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا وهذا قول أبي عبيد ومحمد بن الحسن والاولوي وعامة من ورثهم ، وقال يحيى بن آدم وضرار يقسم المال الباقي بينهم على قدر سهامهم من يدلون به مع أحد الزوجين على الحجب والعول ثم يفرض للزوج فرضا كاملا من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم فاما يقع الخلاف في مسألة فيها من بدلي بندي فرض ومن بدلي بعصبية فاما ان أدلى جميعهم بندي فرض او عصبية فلا خلاف فيه ، ومن مسائل ذلك زوج وبنت بنت وبنت أخت او ابن أخت او أولاد أخت او بنت أخ او بنات أخ فالزوج النصف والباقي بين بنت البنت ومن معها نصفين ، وقال يحيى وضرار المسئلة من أربعة للزوج الربع وللبنت النصف سهمان يبقى سهم لمن معها ثم يفرض للزوج النصف والنصف الآخر بينهم على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولن معها سهم فان كان مكان الزوج زوجة فرضت المسئلة من ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى ثلاثة لمن بقي ثم يفرض للمرأة الربع ويقسم الباقي بينهم على سبعة تضربها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ،

وإذا ضربتها في نصيب كل واحدة من ابنتين كانت عشرة دنانير وثلثين ، وإن شئت ضربت نصيب كل وارث في التركة وقسمته على المسئلة فما خرج فهو نصيبه في هذه المسئلة إذا ضربت نصيب الزوج وهو ثلاثة في التركة كان مائة وعشرين إذا قسمتها على المسئلة وهي خمسة عشر خرج بالقسم ثمانية وإذا ضربت نصيب أحد الابوين في التركة كان ثمانين فإذا قسمتها على المسئلة خرج خمسة وثلاثين وإذا ضربت نصيب كل واحدة من البنين في التركة كانت مائة وستين إذا قسمتها على المسئلة خرج بالقسم عشرة وثلثان كما ذكرنا

(فصل) فان كانت المسئلة من الاعداد الصم لم يمكن العمل بالطريق الاول لانه لا نسبة فيها فاعمل بالطريقتين الآخريين .

مثال ذلك زوج وأم وابنتان ، والتركة خمسون دينارا ، المسئلة من ثلاثة عشر إذا قسمت عليها التركة خرج بالقسم لكل سهم ثلاثة دنانير وأحد عشر جزءا من ثلاثة عشر جزءا من دينار، تضرب في ذلك سهام الزوج وهي ثلاثة يجتمع له أحد عشر دينارا وسبعة أجزاء ونصيب الام تكن سبعة وتسعة أجزاء ولكل بنت ضعف ذلك وإن ضربت سهام كل وارث في الخمسين وقسمتها على المسئلة خرج ما قلنا .

(مسألة) وإن شئت في مسائل المناهج قسمت التركة على المسئلة الاولى ثم أخذت نصيب

(فصل) ولا يمول من مسائل ذوي الارحام الا مسئلة واحدة وشبهها وهي خالة او غيرها ممن يقوم مقام الام او الجدة وست بنات ست أخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ

مثال زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات ، المسألة من خمسة عشر والتركبة عشرون ديناراً ، أمات
الأم وخلفت أبوين ومن خلفت المسئلة الأولى من خمسة عشر ، والثانية من ستة للام من الأولى
سهمان لا تقسم على الثانية وتوافقها بالنصف فتضرب نصف الستة في المسئلة الأولى تسكن خمسة
وأربعين ، فإن شئت نسبت نصيب كل وارث من المسئلة وأعطيته من التركبة مثل تلك النسبة فللمرأة
تسعة وهي خمس المسئلة ، فلها خمس التركبة أربعة دنانير ، وللأخت من الأم ثمانية ، وهي ثمانية أنساع
الحسن ، فلها من التركبة ثمانية أنساع خمسها ، وهو ثلاثة دنانير ، وخمسة أنساع دينار وللأخت من
الأبوين عشرون وهي أربعة أنساع المسئلة ، فلها أربعة أنساع التركبة وهي ثمانية دنانير وثمانية أنساع
دينار ، وللأخت من الأب ستة وهي تسع المسئلة وخمس تسعها فلها من التركبة ديناران وثلثان ، وإن
شئت قسمت العشرين على خمسة وأربعين وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فيخرج
ما ذكرناه وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركبة وقسمت ما بلغ على المسئلة فما خرج فهو نصيبه
إن شئت وافقت بين التركبة والمسئلة وهي توافقها بالأخماس فترد المسئلة إلى تسعة والتركبة إلى أربعة
وتضرب سهام كل وارث في أربعة وتقسمه على تسعة فيخرج ما ذكرناه .

(مستة) (وان أردت القسمة علي قراريط الدينار فاجعل عدد القراريط كالتركة المعلومه

المال بالزروض فان للخالدة السدس ولولد الام الثالث ولبنات الاختين من الابوين الثلثان أصلها من ستة وعالت إلى سبعة

﴿ مسألة ﴾ قال (ويورث الذكور والاناث من ذوي الارحام بالسوية اذا كان ابوم واحدا وامهم واحدة الا المال والخالدة فلا لخال الشين وللخالدة الثلث)

اختلفت الرواية عن احمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الاثرم وحنبيل وابراهيم بن الحارث في الحال والخالدة يعطون بالسوية فظاهر هذا التسوية في جميع ذوي الارحام وهو اختيار أبي بكر ، ومذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لانهم يرثون بالرحم المجرد فامتوى ذكركم وأنثاهم كولد الام ، وقيل يعقوب بن بختاز اذا ترك ولد خاله وخاله اجعله بمنزلة الاخ والاخت فذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمة . ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخالته : لخال الثلثان وللخالدة الثلث ، فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزل لان ميراثهم معتبر بغريم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض لانهم يأخذون المال كله ولا على العصبية البعيد لان ذكركم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والاخوة والاخوات . ويجاب عن هذا بأنهم معتبرون

واعمل على ما قلنا ، وقراريط الدينار في عرف بلدنا أربعة وعشرون قيراطاً فان كانت السهام كثيرة وأردت أن تعلم سهم القيراط فانظر ما يتركب منه العدد فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب احد العددين الى أربعة وعشرين فان كان أدل منها فخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة ، فإما كان فهو اكمل قيراط وان كان أكثر من أربعة وعشرين قسمته عليها فخرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيب القيراط

ومثال ذلك ستمائة أردت قسمتها على القراريط فهي متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين والنسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلثها فخذ نصف الثلاثين وثلثها خمسة وعشرون فهي سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع فاضربها في العشرين تكن خمسة وعشرين وهي سهم القيراط فاذا عرفت سهم القيراط فانظر كل من له سهام فاعطه بكل سهم من سهام القيراط قيراطاً فان بقي له من السهام ما لا يبلغ قيراطاً فالسبه إلى سهام القيراط وأعطه منه مثل تلك النسبة فان كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جقس الكسر ثم كل من له سهام بعدد يبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها

مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان ماتت الام وخلفت أما وزوجاً وأختاً من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالاولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق لإحداهما في الاخرى تكن

بولد الام وانما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على التسوية بين ولد الام لان ابا ام يستوي ذكرهم وأنهم الا في قياس قول من أمات السبب فان الذكر مثل حظ الانثيين . والذي قل الحرفي التسوية بين الجميع إلا في الحال والحالة ولم أعلم له موافقا على هذا القول ولا علمت وجهه . وأما قوله إذا كان أبوهما واحداً وأمه واحدة فلأن الخلاف اما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد فاما إذا اختلف أبؤهم وأمهاتهم كالأخوال والحالات المتفرقين والعلماء المتفرقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت أخرى فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا ان شاء الله تعالى

ومن مسائل ذلك ابن أخت معه أخته أو ابن بنت معه أخته : المال بينهما نصفين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة ابناء وابنتان أخت لابوين وثلاثة بنين وثلاث بنات أخت لاب وأربعة بنين وأربع بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة الاخوت من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة بنين الاخوت من الاب سهم بين ولدها على ستة والاخت من الام سهم بين ولدها على ثمانية والاربعة داخلة فيها والستة نواقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ثم في خمسة تكن ثمانية وعشرين ومن فضل أبى ولد الام بماله وجعل ولد الاخت من الابوين ستة نواقهم ساهمهم بالثلث فبرجهون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الاخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية

مائة وخسين وسهم القيراط ربع ابسطها أرباعاً تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فلبنت من الاولى أربعة في عشرة أربعون فلها بخسة وعشرين أربعة قيراط يبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخسين فصار لها ستة وخمسان وللأب من الاولى والثانية ستة وعشرون فله بخسة وعشرين أربعة وابسط السهم الباقي أرباعاً يكن أربعة أخماس خمس ولزوج الاولى ثلاثون فله بخسة وعشرين سهماً أربعة قيراط وابسط الخمسة اباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولأم الثانية سهران ابسطها أرباعاً تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس قيراط وكذلك لكل أخت من أم وللأختين الاب مثل ذلك وللأخت للابوين ستة ابسطها أرباعاً تكن أربعة أخماس قيراط

(مسئلة) (وإن كانت التركة سهاما من عقار كثلث وربع ونحو ذلك)

فان شئت ان تجعلها من قيراط الدينار وتقسما على ما قلنا وإن شئت وافقت بينها وبين المسئلة وضربت المسئلة او وقتها في مخرج سهام العقار او في وقتها فما كان فانسبه من المبلغ فما خرج فهو نصيبه إذا كانت التركة ربع دار وثنتها جمعتهما من مخرجها قيراط فكانت أربعة عشر قيراطاً وجعلتها [فلها دارين وعملت على ما سبق وإن شئت اخذتها من مخرجها وقسمتها على المسئلة فان انقسمت بغير ضرب . مثال ذلك زوج وأم وثلاث اخوات مفترقات والتركه ربع دار وخمسها المسئلة من تسعة

تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلثمائة وستين ، وإن كانوا أولاد بنات أو خالات مفترقات فكذلك ، وإن كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة ومائة عند من فضل . وقرل أهل العراق هي من سبعة وعشرين كأولاد البنين (فصل) وإن كان هناك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهم على عددهن فما أصاب كل واحدة منهن فهو لولدها بالسوية عند من سوى ، وعند من فضل جعله بينهم على حسب ميراثهم . واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف إلى قسم المال بينهم على عددهم دون مراعاة أمهاتهم إذا استروا ومن بدلون به من الآباء والأمهات إلى بنات الميت فذكر مثل حظ الاثنين كأولاد البنين ، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابنه وإن كان أنثى ، ومن أدلى بالأنثى أنثى وإن كان ذكر أ وجعل المدلى بهم بهدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم فذكر مثل حظ الاثنين وما أصاب والدا الأنثى قسمه بينهم كذلك

(مسائل) من ذاك بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، قول من سوى المال بينهما نصين وقول من فضل إن كانا من ولد بنين فكذلك وإن كانا من ولد بنت واحدة فالنال بين ابنتها وبنتها لابنتها ثلثاه ولبناتها ثلثاه فما أصاب ابنتها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنتها فيصير البنت سهمان وللأبن سهم ، وقرل محمد كذلك وقول أبي يوسف للأبن سهمان وللبنت سهم كابن الميت وبنته : ابنا وبنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين البنتين على ثلاثة سواء كانوا من

ومخرج سهام العقار عشرون الموروث منها تسعة منتسمة على المسئلة لزوج منها ثلاثة وهي عشر الدار ونصف غيرها والاخت من الابوين مثل ذلك ولكل واحدة من الباقيات نصف عشر فإن لم تقسم لكن وافقت السهام الموروثة المسئلة رددت المسئلة إلى وفقها ثم ضربته في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسئلة مضروب في وفق السهام الموروثة من العقار

مثاله زوج وابوان وابنتان والتركة ربع دار وخمسها المسئلة من خمسة عشر توافق السهام الموروثة من العقار بالثلث لأنها تسعة فترد المسئلة إلى ثلثها خمسة ثم تضربها في مخرج سهام العقار وهي عشرون تكن مائة فللزوج من المسئلة ثلاثة في وفق سهام العقار ثلاثة تسعة من مائة وهو نصف عشر الدار وخمس خمسها ولكل واحد من الابوين سهمان في ثلاثة ستة وهي ثلاثة أخماس عشر الدار ولكل بنت نصف ذلك وهو عشر وخمس عشر ، وإن لم توافق السهام الموروثة المسئلة ضربت المسئلة جميعها في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسئلة مضروب في السهام الموروثة من العقار فما بلغه فالسبه من مبالغ سهام العقار وإن شئت نسبت سهام كل وارث من المسئلة فما بلغ أعطيته منها بقدر نسبة السهام الموروثة إلى سهام العقار فتقول في هذه المسئلة للزوج من المسئلة الخمس فله خمس التركة وكذلك تفعل في بقية الورثة على ما سبق

ولد بنت أو من ولد بنين ، وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنين فلان ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقيين على خمسة ، وان كانوا من ولد بنت فلان ابن البنت الثلثان والثلث الباقي فلان على خمسة لان المال كان لبنت الاولى فقسم بين ابنتها وأبنتها للاثنتين سهمان فما لا ينفك من سهمان فهو لواحداهما قول محمد يقسم بينهم على خمسة لابن الابن سهمان لانه يدلي بابن وللباقيين ثلاثة لانهم يدلون بأنني قول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنين كذلك وان كانوا من ولد واحدة فلانها الثلثان بين ابنتيه ولا ينفك الثلث بين ابنتها قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم وللكل أنثى سهمان ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الباقي بين الآخرين على ستة ونصف من أربعة، وعشرين قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فالاولين اثنتان بينهم على ستة والآخرين الثلث بينهم على تسعة ونصف من أربعة وخمسين ، وان كانوا من ولد اثنتين صحت من ستة وثلاثين قول أبي يوسف فذكر مثل حظ الاثنتين ونصف من خمسة عشر ، وقول محمد ولد ابن الأخت بمنزلة أربع ذكور وولد بنت الأخت كمت إناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر ولولد اخ لأخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة والآخرين ستة بينهم

(فصل) في المجهولات زوج وأم وأختان لاب وأم أخذ الزوج بميراثه خمسة وأربعين ديناراً كم جميع الزكاة ؟ فالطريق في ذلك أن تقسم الدنانير التي أخذها على سهامه تخرج خمسة عشر فاضربها في سهام المسئلة وهي ثمانية تكن مائة وعشرين وهي الزكاة وان شئت ضربت ما أخذ في سهام المسئلة تكن ثلاثمائة وستين وقسمت ذلك على سهامه فما خرج فهو الزكاة وان شئت قات سهام من بقي مثل سهامه مرة وثلاثين فيجب أن يكون الباقي خمسة وسبعين زوج وأم وست أخوات مفترقات والزكاة ستة وخمسون ديناراً وثوب أخذ الزوج بميراثه الثوب كم قيمته ؟ فالطريق أن تقسم العين على سهام من بقي من الورثة تخرج ثمانية تضربها في سهام الزوج تكن أربعة وعشرين وان شئت قات سهام الزوج من سهام الباقي ثلاثة أسباعها فخذ ثلاثة أسباع العين تكن ما ذكرنا وبالخير تجمل قيمة الثوب شيئاً فإذا أخذ الزوج بثلاثة أسهم وجب أن يأخذ باقي الورثة سبعة أسهم شيئين وثلاثاً وذلك يعدل العين فالشيء ثلاثة أسباعها في ثلاثة أسباع العين تكن أربعة وعشرين وان بسطت الشيئين والثلاثاً ثمانية سبعة وقسمت لميراث العين يخرج الشيء أربعة وعشرين زوج وأم وست أخوات مفترقات والزكاة خمسة وثلاثون ديناراً وثوب أخذت إحدى الأختين للاب والام اثوب وثلاثة دنانير فأنق ما أخذت من العين فاقسم الباقي على سهام باقي الورثة وهي ثمانية يخرج بالقسم أربعة دنانير وهي نصيب السهم فالاختين بسهمين ثمانية دنانير فإذا بقيت منها ثلاثة دنانير بقي خمسة وهي قيمة الثوب والزكاة جميعها أربعون ديناراً أو بالخير تجمل قيمة الثوب شيئاً

(مسئلة) قال (واذا كان ابن اخت و بنت أخت أخرى اعطي ابن الاخت حق امه النصف و بنت الاخت الأخرى حق امها النصف، وإن كان ابن و بنت اخت و بنت اخت أخرى فللأبن و بنت الاخت النصف بينهما نصفين و لبنت الاخت الأخرى النصف)

أما المسئلة الأولى فلا خلاف فيها بين المنزليين لأن كل واحد منهما له ميراث من أدلى به وهو قول محمد بن الحسن أيضا ، وقول أبو يوسف يعتبرون بأنفسهم فيكون لابن الاخت الثندان ولبنات الاخت الثلث . وأما المسئلة الثانية فلا خلاف بين المنزليين في أن لولد كل أخت ميراثها وهو النصف ومن سوى جعل النصف بين ابن الاخت وأخته نصفين والنصف الآخر لبنت الاخت الأخرى فنصيح من أربعة ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة ونصف من ستة ، وقال أبو يوسف للابن

ابن عبد العزيز وعطاء وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة وكان زبد لا يورثهم ويجهل الباقي
ليت المال وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وداود وابن جرير لان عطاء بن يسار
روى أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله في العمة والحالة فأُتِيَ الله عز وجل أن لا ميراث
لها رواه سعيد في سننه ولان العمة وبنت الاخ لا ترثان مع اخوتهما فلا ترثان منفردتين كالأجنبيات
وذلك لان انضمام الاخ اليهما يؤكدهما ويقويهما بدليل أن بنات الابن والاخوات من الاب يصعبن
أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والاخوات من الابوين ولا يرثن منفردات فاذا لم يرث هاتان
مع أخيهما فمع عدمه أولى ولان المواثيق انما تثبت لخاص ولا ينص في هؤلاء

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أي أحق بالتوارث في حكم الله قال أهل العلم كان التوارث في ابتداء الاسلام بالحلف فكان الرجل يقول للرجل دمي دمك ، ومالي مالك ، تقصرني وأنصرك ، ورثني وأرثك ، فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة وذلك قوله تعالى (والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم) ثم نسخ ذلك ، وصار التوارث بالاسلام والمهجرة فاذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) في كتاب الله .

النصف ولكل بنت الرهم ونصف من أربعة ، وقال محمد لولد الأخت الأولى الثلاث بينهما على ثلاثة وللأخرى اثنتان ، ونصف من تسعة ، وإذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات ومتى كان الأخوات أو الأخوة من ولد الأم فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وإناهم إلا الثوري ومن أمات السبب ، ثلاث بنات أخ وثلاث بنات أخى ان كانا من أم فالمل بينهما على عددهم وإن كانا من أب أو من إثنين فلبنت الأخ الثنتين ولبنات الأخت الثلاث ونصف من تسعة عند المنزليين وعند محمد مثله وفي قول أبي يوسف يجعل لبني الأخت الثنتين ولبنات الأخ الثالث ، ابن وبنت أخت لابوين وابن أخت لام هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى نصح من ثمانية قول محمد كأنهما اختان من إثنين وأخت من أم فنصح من خمسة عشر فإن كان ولد الأم ابناً وابنة صحت عند جميعهم من ثمانية إلا الثوري فإنه يجعل لذكر من ولد الأم مثل حظ الأنثيين فنصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر ابناً أخت لابوين وابن وابنة أخت لاب وابنة أخت أخرى لاب في قول عامتهم من ثمانية ونصف من اثنين وثلاثين عند من سوى وعند من فضل من ثمانية وأربعين وقول محمد يقطع ولد الأب ويتفق قوله مع قول أبي يوسف في أن المال لولد الأخت من الابوين ، ابن أخت لابوين وابن وابنة أخت لام وابنة أخت أخرى لام قول المنزليين من عشرين الثوري من ثلاثين محمد من ستين

وروى الإمام أحمد بإسناده عن سهل بن حنيف أن رجلاً رعى رجلاً بسهم فقتله ولم يترك إلا خالاً فكتب فيه أبو عبيدة إلى عمر فكتب إليه عمر : أني سمعت رسول الله ﷺ يقول « الخال وارث من لا وارث له » . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى المقدم عن النبي ﷺ أنه قال « الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبو داود وفي لفظ مولى من لا مولى له ، يعقل عنه ويفك عالميه ، فإن قيل المراد به أن من ليس له إلا خال فلا وارث له ، كما يقال الجوع زاد من لا زاد له ، والماء طيب من لا طيب له ، والصبر حيلة من لا حيلة له ، أو أنه أراد بالخال السلطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة .

(أحدها) : أنه قال يرث ماله وفي لفظ يره

(والثاني) : أن الصحابة فهموا ذلك ، فكتب عمر هذا جواباً لابي عبيدة حين سأله عن ميراث

الخال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(والثالث) أنه سماه وارثاً ، والأصل الحقيقة وقولهم أن هذا يستعمل للتني قلنا والاثبات كقولهم

يأعمد من لا عماد له ، يأسد من لا سند له ، يأخذ من لا ذخ له .

وروى سعيد بإسناده عن واسع بن حبان قال : توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثاً ولا وصية

فرفع شأنه إلى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله إلى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ،

مسئلة (قال (فان كن ثلاث بنات ثلاث اخوات مفترقات فابنت الاخت من الاب والام ثلاثة اخماس المال ولبنت الاخت من الاب الخمس ولبنت الاخت من الام الخمس)

جاء من مكان امهاتهن وكذلك ان كن ثلاث عمات مفترقات مذهب احمد وسائر المنزلة في ولد الاخوات ان للمال يقسم بين الاخوات على قدر سهامهن فما اصاب كل اخت فهو لولدها والمال في مثلثنا بين الاخوات على خمسة فيكون بين اولادهن كذلك وكذلك ان كن ثلاث عمات مفترقات لانهن اخوات الاب فيرأيه يبين كبراث الاخوات المفترقات من اخيهن وكذلك الحكم في ثلاث خالات مفترقات لانهن اخوات الام فميراثها يبين كذلك وقدم اهل القرابة من كان لاب وام من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام الا محمد بن الحسن فانه قسم ميراث اولاد الاخوات على اعدادهم واقامهم مقام امهاتهم كأنهم اخوات

ومن مسائل ذلك ستة بنات ثلاث اخوات مفترقات المال بين الاخوات على خمسة فما اصاب كل واحدة فهو لبنتها وتصح من عشرة قول ابي يوسف المال كله لولد الابن قول محمد لها مثلان

ورواه ابو عبيدة في الاموال الا انه قال لم يخاف الا ابنة أخ له ، فقضى النبي ﷺ ميراثه لابنة أخيه ولأنه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض ، وذلك لانه ساوى الناس في الاسلام ، وزاد عليهم بالقرابة ، فكان أولى منهم ، ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته ، وبعد الموت بوصيته ، فأشبهه ذوي الفروض والعصباء المحجوبين اذا لم يكن من يجمعهم وحديثهم مرسل ثم يحتدل أنه لا ميراث لها مع ذوي الفروض والعصباء ، ولذلك سمي الحال وارث من لا وارث له ، أي لا يرث الا عند عدم الوارث وقولهم لا يرثان مع اخوتها قلنا لانها أقوى منهما وقولهم ان الميراث انما ثبت نصاً قلنا قد ذكرنا نصوصاً التعديل واجب مما أمكن وقد أمكن هنا فلا يصار الى التعبد المحض .

(فصل) والرد يقدم على ميراث ذوي الارحام فتى خلف ابنت عصبية أو ذا فرض من أقاربه أخذ جميع التركة ، هذا قول عامة من ورث ذوي الارحام قال الخبري لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ماروي عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز أنها ورثا الحال مع البنت فيحصل أنهما ورثاه لكونه عصبية أو مولى لثلاث يخالف الاجماع ، وقول النبي ﷺ « الحال وارث من لا وارث له » ومن مسائل ذلك أبو أم وجدة ، المال للجددة ، بنت ابن وبنت بنت ابن ابن أخ وابن أخت عم وعممة بنى اخوة مفترقين لا شيء لذوي الرحم في جميع ذلك

(فصل) وكذلك المولى المتق وعصبائه يقدمون على ذوي الارحام ، وهو قول عامة من ورثهم

ولولد الأم اثنتان وتصح من ستة ست بنات ست أخوات متفرقات لبنتي الاختين من الابوين الثانيان ولولد الأم الثالث وتصح من ستة وهذا قول محمد بن أحمد بن محمد بن أبي نعيم وابن واينة اخت لاب وابنا وابنتا اخت أخرى لاب وثلاثة بنين وثلاثة بنات أخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى ومن ستين عند من فضل ومن أربعة وخمسين عند محمد فان كان معهم أربعة بنين وأربع بنات أخرى لام صحت من مائة وأربعة وأربعين عند المنزليين كأنهم قول محمد كأنهم أخت لابوين وست أخوات لاب وأربع عشرة أختا لام وسهم ولد الاب بينهم على تسعة فتصح من ثلاثمائة وثمانية وسبعين. فإن كان ولد الاخت الابوين ابنا وبنتا صحت كذلك عند المنزليين وعند محمد كأنهم أختان لابوين فيسقط ولد الاب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في العمات المتفرقات والحالات المتفرقات وأولادهم كاقول في ولد الاخوات المتفرقات

(مسئله) قال (إذا كن ثلاث بنات لثلاثة أخوة متفرقين فلبنت الاخ من الأم السدس والباقي لبنت الاخ من الاب والام)

هذا قول جميع المنزليين لان الاخوة المتفرقين يسقط ولد الاب منهم بولد الابوين والاخ للام السدس والباقي كله للاخ الابوين ثم ما صار لكل اخ فهو لولده وكذلك الحكم في الاخوال المتفرقين وأولادهم لان الاخوال أخوة الأم، مسائل من ذلك ست بنات ستة أخوة متفرقين لولد الأم اثنتان والباقي لولد الابوين ست بنات ثلاثة أخوة متفرقين لولد الأم السدس والباقي لولد الابوين قول محمد لولد الأم الثالث، بنت اخ لابوين وابن اخ لام وبنت اخ آخر لام ابن وبنت بنت اخ لاب وابنا وابنتا ابن اخ لام. ثلاثة بنين وثلاث بنات بنت اخت لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزليين فان كان مكان

من الصحابة وغيرهم وقول من لا يورثهم أيضاً، وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى، وبه قال ابنه أبو عبيدة، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وعلقمة، والاسود، وعبيدة، ومهزوق، وجابر ابن زيد، والشعبي، والتخمي، والقاسم بن عبد الرحمن، وعمر بن عبد العزيز، وميمون بن مهران، والاول أصح، لقوله عليه الصلاة والسلام «الحال وارث من لا وارث له» والمولى وارث ولأن المولى يعقل وينصر أشبه العصبة من النسب.

(مسئله) (ويورثون بالتزويل فيجعل كل وارث بمنزلة من أدلى به) فيجعل ولد البنات والاخوات كامهاتهم، وبنات الاخوة، والاعمام، وولد الاخوة من الأم كآبائهم، والاخوال، والحالات، وابو الأم كالأب، والعمات، والعم من الأم كالأب، وعنه كالعم ثم يجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به مذهب أبي عبد الله رحمه الله في توريث ذوي الارحام مذهب أهل التزويل وهو أن يتزول كل واحد منهم بمنزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فان بعدوا نزولاً درجة درجة حتى يصلوا إلى من

الاخ من الاب أخت كانت من ستين فان كان معهم ابن بنت أخت من أبوين عادت الى اثنين وسبعين (فصل) بنت أخ لام وبنت ابن أخ لاب للاولى السدس والباقي ثمانية عند المنزلين ، وفي القرابة هو للأولى لأنها أقرب الى الميت بنت بنت أخ لابوين وبنت ابن أخ لابوين المال لهذه في قولهم جميعاً بنت ابن أخ لام وبنت بنت أخ لابوين وابن بنت أخ لاب للاولى السدس والباقي الثمانية وقال أبو يوسف الكل ثمانية بنت أخ لام وبنت بنت أخ لاب المال للأولى الا في قول الثوري وابن سالم وضرار للأولى السدس والباقي ثمانية لانهم يورثون البعيد مع القريب وان كانا من جهة واحدة

(فصل) ابن وبنت أخت لابوين وبنتا أخ لاب وثلاثة بني أخت لاب وخسة بني أخت لام وعشر بنات أخ لام أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة وأربعين في قول المنزليين النصف من ذلك وين ولدي الاخت للابوين بالسوية عند من سوى وأثلاثاً عند من فضل ولولدا لام اثنتان وهو مائة وثمانون ولولد الأخ تسعون ولولد الاخت تسعون ولولد الاب تسعون ولولد الاخ ستون ولولد الاخت ثلاثون ، ثلاث بنات اخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات لولدي الام الثلث بينهما بالسوية والباقي لولدي الابن لبنت الأخ ثلثه ولبنت الاخت ثلثه وإن كان معهم ثلاثة بني أخوال مفترقين فلهم السدس لابن الحال من الام سدسه وباقي لابن الحال من الابوين ويبقى النصف لبنت الاخ من الابوين ثلثه ولبنت الاخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين والحكم في ثلاثة أخوال مفترقين في قسمة ميراث الام بينهم بالحكم في ثلاثة

يتمون به فيأخذون ميراثه فان كان واحداً أخذ المال كله وإن كانوا جماعة قسمت المال بين من يتمون به لما حصل لكل واحد جعل لمن أمت به فان بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم ، هذا قول علقمة ومسروق والشعبي والتخمي وسجاد ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثوري وسائر من من ورثهم غير أهل القرابة ، وروي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما أنهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الاخ منزلة الاخ ، وبنت الاخت منزلة الاخت ، والعمة منزلة الاب ، والحالة منزلة الام . وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والحالة . وعن علي أنه نزل العمة بمنزلة العم . وروي ذلك عن علقمة ومسروق ، وهي الرواية الثانية عن احمد وعن الثوري وأبي عبيد ، انها نزلها بمنزلة الجد من ولد الاخوة والاختوات ونزلها آخرون بمنزلة الجدة وانما صار هذا الاختلاف في العمة لادلائها بأربع جهات وارثات ، قال أبو الوهم أخوها ، والجد والجدة أبوها ، ونزل قوم الحالة جدة لأن الجدة أمها والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا ، والحالة أمأ ، لوجوه ثلاثة .

(أحدها) : ما روى الزهري أن رسول الله ﷺ قال : « العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب ، والحالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينهما أم » رواه الامام احمد .

(والثاني) : انه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا يخالف لهم في الصحابة .

(الثالث) : ان الاب أقوى جهات العمة والام أقوى جهات الحالة فتبين تنزيلها بهما دون غيرها

اخوة مفترقين في قسم ميراثهم بينهم وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات مفترقات كثلث بنات اخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات على ما ذكرنا .

(مسئلة) قال (واذ كان ثلاث بنات عمومة مفترقين فاللأل لبنت العم من الاب والام لانهن اقن مقام آبائهن)

أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة ، ولا يصح شيء من هذا لانهن بمنزلة آبائهن ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الابوين ، وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على ستة وبرث الأخ من الأم مع الأخ من الابوين بخلاف العمومة وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم قال الحبري وليس بشيء وقد ذكر أبو الخطاب في كتاب الهداية قولاً من رأيه يفضي الى هذا فانه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمين الآخرين ، وأظن أبا

كبت الاخ وبنت العم فانهما ينزلان بمنزلة أبايهما دون اخواتهما ولانه إذا اجتمع لهما قرابات ولم يمكن توريثهما بجميها ورثاها باقواها كالجوس عند من لا يورثهم بجميهم قراباتهم وكالاخ من الابوين فانما توريثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه ، وأما أبو حنيفة وأصحابه فأنهم ورثوه على ترتيب العصباء ، فجعلوا أولاهم من كان من ولد الميت وإن سفلوا ثم أبويه أو أحدهما وإن سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وإن سفلوا كذلك أبداً لا يرث بنو أب أعلى وهناك بنو أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم . وعن أبي حنيفة أنه جعل أبا الام وإن علا أولى من ولد البات ويسمى مذهبهم مذهب أهل القرابة ولنا أنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب إلحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يسقط ولد أبيه فأولى أن لا يسقطهم ولده

(مسائل ذلك) بنت بنت وبنت بنت ابن ، المال بينهما على أربعة فان كان معها بنت أخ فالباقي لها ونصح من ستة فان كان معها خالة فلبنات البنت النصف ولبنات الابن السدس تسعة الثلثين ، وباخالة السدس ، والباقي لبنت الاخ ، فان كان مكان الحالة عمه حجت بنت الاخ وأخذت الباقي لان العمدة كالأب فتسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الاخ واسقط بها العمدة ومن نزلها جداً قاسم بها ابنة الاخ اثلث الباقي بينهما نصفين ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنات الاخ الباقي (المغني والشرح الكبير) (١٤) (الجزء السابع)

الخطاب لو علم افضاء هذا القول الى هذا لم يقله ولم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد ولا يختلف المذهب في أن الحكم في هذه المسئلة على ما قال الحرقي .

ومن مسائل ذلك بنت عم لابوين وبنت عم لاب المال للأولى : بنت عم لاب وبنت عم لام كذلك . بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك . بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال للأولى عند المنزلين وهولثانية عند أهل القرابة لأنها أقرب . بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال للأولى في قولهم جميعاً . بنت عم وابن عم المال لبنت العم عند الجمهور وحكى عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العم سهم ، بنت بنت عم وبنت ابن عم المال لهذه عند الجمهور وقول ابن سالم هو للأولى . بنت عم من أبوين وبنت عم من أم لبنت العم السدس ولبنت العم النصف ثم يرد عليها الباقي فيكون بينها على أربعة . ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال يهن على ستة فان كان معهن بنت عم من أبوين أو أب ورثت المال دونهن

﴿مسئلة﴾ قال (فان كن ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثالث بين

الثلاث خالات على خمسة اسهم والثلثان بين الثلاث عمات على خمسة اسهم)
فنصح من خمسة عشر سهماً للخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة أسهم وللخالدة التي من قبل

وفي قول أهل القرابة لا تراث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئاً .
﴿مسئلة﴾ (فان أدلى جماعة منهم بواحد واستوت منازلهم فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم سواء ، وعنه للذكر مثل حظ الانثيين إلا ولد الام وقال الحرقي يسوي بينهم إلا الحال والحالة)
اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الأزم وحنبل وابراهيم بن الحارث في الحال والحالة يعطون بالسوية في جميع ذوي الارحام اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لأنهم لا يرثون بالرحم المحرود فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الام ، ونقل يعقوب بن بختان اذا ترك ولد خالة وخالته اجمعه بمنزلة الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمة ونقل عنه المروزي فيمن ترك خاله وخالته للخال الثلثان وللخالدة الثلث فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وطامة المنزلين لان ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض لأنهم يأخذون المال كله ولا على العصة البعيد لان ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والاخوة والاخوات

وبحاجب عن هذا بانهم معتبرون بولد الام وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على التسوية بين ولد الام لان أباهم يسوي ذكرهم وأنثاهم الا في قول من أمات السبب فان عنده للذكر مثل حظ الانثيين فأما الذي نقل عنه الحرقي أنه يسوي بين الجميع إلا الحال والحالة قال شيخنا

الاب سهم وللخاله التي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة أسهم وللعمة التي من قبل الاب سهمان وللعمة التي قبل الام سهمان، إنما كان كذلك لان الحالات بمنزلة الام والعمات بمنزلة الاب فكان الميت خلف أباه وأمه فلان له الثلث والباقي لآبيه ثم ماصار للام بين أخواتها على خمسة لأنهن أخوات لها متفرقات فيقسم نصيبها ينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين أخواته المتفرقات وما صار للاب قسم بين أخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداهما تجزي عن الاخرى لأنهما عددان متماثلان فتضرب خمسة في أصل المسئلة وهو ثلاثة فصارت خمسة عشر كما ذكر للخلات سهم في خمسة مقسومة ينهن كما ذكر والعمات سهمان في خمسة تكن عشرة ينهن ملى خمسة كما ذكر أيضا وهذا قول عامة المنزلين ، وعند أهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخاله من الابوين الثلث وسقط سائرهن ، وقال نعم واستحقاق الحالات كهن سواء فيكون نصيبهن ينهن على ثلاثة وكذلك نصيب العمات ينهن على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسئلة عندهما من تسعة ، فان كان مع الحالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسهام كل واحد من الفريقين ينهن على ستة ، وتصح من ثمانية عشر سهما عند المنزلين. ثلاثة أخوال متفرقين معهم أخواتهم وعم وعمه من ام الثلث بين الاخوال والحالات على ستة ، للخال والحالة من الام ثلاثة بينهما بالسوية وثلاث للخال والحالة من الابوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزلين وإحدى الروايتين عن احمد وذكرها

فلا أعلم له موافقا على هذا القول ولا علمت وجه الخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهات واحد فاما إذا اختلف أبؤهم وأمهاتهم كالأخوال والحالات المتفرقين والعمات المتفرقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت أخرى فذلك موضع يذكر فيه ان شاء الله تعالى (مسائل ذلك) ابن أخت مع أخته وابن بنت مع أخته المال بينهما نصفين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة: ابان وابنتا أخت لابوين وثلاث بني وثلاث بنات أخت لاب وأربع بني وأربع بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة للاخت من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللأخت من الاب سهم بين ولدها على ستة والأخت من الام سهم بين ولدها على ثمانية والأربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ثم في خمسة تكن مائة وعشرين ومن فضل ابني ولد الام بحالهم وحمل ولد الأخت من الابوين ستة توافقهم سهامهم بالثلاث فيرجعون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الأخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلاثمائة وستين، وان كانوا أولاد عمات أو أخوات متفرقات فذلك وان كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل وقول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كالأولاد البنين (فصل) اذا كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهن على عددهن فا أعصاب

الحرق في الحال والحالة خاصة دون سائر ذوي الارحام ، والرواية الاخرى هو بينهما على السوية والثلاثين بين العم والعمة بالسوية . ثلاث عمات وثلاث بنات عم وثلاث خالات وثلاثة بنات خالات الميراث للمات والحالات ويسقط الباقي فيكون للحالات الثلث والباقي للمات ، فان كان معهم ثلاث بنات اخوة فللخالات السدس والباقي للمات لانهم بمنزلة الاب فيسقط بهم بنات الاخوة لانهم بمنزلة الاخوة ، ويجوز أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على المات لانهم أولاد بنيه والمات أخواته ، ووجه هذا الاحتمال اننا اذا جعلنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ما نقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من جهتين زل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب او لم يسقط لزم منه سقوط ولد الاخوة وبنات العم من الام لانهم من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن بنات المات وبنات الاعمام كاهم ، فاما ان كان مكان المات والحالات بناتهن فللخالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة ، لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين ، وتصح المسئلة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من ابوين ولا من أب قابلي لبنت العم من الابوين

(فصل) حالة وابن عمه للحالة الثلث والباقي لابن العم وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع القريب ، وفي قول أكثر المنزلين وأهل القرابة المال للحالة لانها أقرب ، وكذلك ان كان مكان

كل واحدة منهم فهو لولدها بالسوية عند من روى وعند من فضل جيله بينهم على حسب ميراثهم واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف الى قسم المال على عددهم دون مراعاة أمهاتهم اذا استوا ممن يدلون به من الآباء والامهات الى بنات الميت للذكر مثل حظ الانثيين كاولاد البنين ، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابنا وان كان انثى ومن أدلى بنت بنتا وان كان ذكرا وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وما أصاب ولد الانثى قسمه بينهم كذلك

(مسائل) من ذلك بنت ابن بنت وابن بنت بنت قول من سوى المال بينهما نصفين وقول من فضل ان كانا من ولد بنين فكذلك وان كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنتها وبنتها الابن ثلثه ولبناتها ثلثه فما أصاب ابنتها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنتها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم وكذلك قول محمد وقول أبي يوسف للابن سهمان وللبنت سهم كبن الميت وبنته : ابنا بنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين الباقيين على ثلاثة سواء كانوا من ولد بنت أو من ولد بنين وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فلا ابن البنت النصف والنصف الآخرين الباقيين على خمسة وان كانوا من ولد بنت فلا ابن البنت الثلثان والثلث الباقي للباقيين على خمسة لان المال كان للبنت الاولى فقسم بين ابنتها وبنتها اثلاثا للابن سهمان فمالا ابنته وللبنت سهم فهو لولدها قول محمد يقسم بينهم على

الحالة خال: عمه وابن خال معه أخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوها خالا من أم، وان كان من أب أو من ابوين ففيه روايتان (أحدهما) هو بينهما بالسوية أيضا (والثانية) على ثلاثة والباقي للعمه وعند أكثر الفرضيين المال للعمه: بنت عم وابن عمه وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية ان كانا من أم. وان كانا من أبوين أو من أب فكل هو بينهما بالسوية أو على ثلاثة في روايتان، وان كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلا ين الخالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال، وإن كانت بنت الخال من أم وابن الخالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العم. وعند أكثر المتزاين المال كله لبنت العم لانها أسبق الى الوارث: خالة وبنت عم ثلث وثلاثون وعند أهل القراة هو للخالة: عمه وبنت عم من نزل العمه أباً جعل المال لها ومن نزلها عما جعل المال بينهما نصفين وكذلك من أمات الأب: بنت ابن عم لأب وبنت عمه لابوين المال لبنت ابن العم: ابن خالة من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من أم وابن عم من أب الثلث من أربعة والثلاثون من أربعة أيضاً ونصح من اثني عشر، وفي القراة الثلث لبنت الخالة والثلاثون لابن العمه ونصح من ثلاثة (فصل) خال وخالة وأبو أم المال لأبي الأم فان كان معهم أبة عم أو عمه فالثلث لأبي الأم والباقي لأبنة العم والعمه وان كان مكان أبي الأم أمه فلا شيء لها لان الحالة أسبق الى الوارث والحجة واحدة: خالة وأبو أم المال للخالة لانها بمنزلة لأم وهي تسقط أم الأم: ابن خال وابن أخ من أم

خمس لابن الابن سهمان لانه يدلي بابن وللباقين ثلاثة لانهم يدلون بأنني وقول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم. ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فكذلك وان كانوا من ولد واحدة فلا ينها الثلثان بين ابنتيه ولا ينها الثلث بين ابنتيه قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم ولكل انثى سهمان. ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الثاني بين الآخرين على ستة ونصح من أربعة وعشرين. قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فللأولين الثلثان سهم على ستة وللآخرين الثلث سهم على تسعة ونصح من أربعة وخمسين، وان كانوا من ولد ابنتين صححت من ستة وثلاثين، قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين ونصح من خمسة عشر وقول محمد ولد ابن الاخت بمنزلة أربعة ذكور وولد بنت الاخت كست اناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر فلو ولد ابن الاخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة وللآخرين ستة بينهم على تسعة ونصح من اثنين وأربعين وترجم بالاختصار الى أحد وعشرين: ابنتا أخ وابن وابنة أخت لابنتي الاخ الثلثان في قول المنزليين جميعهم وقول محمد والثلث لو لدی الاخت بينهما بالسوية عند من سوى ومن فضل جعله بينهما أثلاثاً وهو قول محمد وقال أبو يوسف لابن الاخت سهمان ولكل واحد من الباقين سهم ونصح من خمسة

العات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة أو أحد من أولادها فله السدس ولا شيء لولد العات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فإنه يرثهم ويسقط ولد الاخوات ، ويقتضيه قول أبي الخطاب : خالة وعمة وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات لخالة السدس والباقي لعمة ومن زلها مما قبلتي الاخت من الابوين النصف وابتني الاخت من الاب السدس وابتني الاخت من الام السدس فان كن بنات ستة أخوات مفترقات عالت على هذا إلى سبعة

(فصل في ميراث الابوين وأخوالهما وخالاتهما) مذهبنا ما تقدم من تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يالحق بإثره إن كانا من جهتين ثم يحمل لمن يدلي به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للأسبق بكل حال. والمشهور عن أهل العراق أن نصيب الام بين خالها وخالتها وعمةها وعلها على ثلاثة ونصيب لاب بين عمته وخالاتها كذلك. ومن مسائل ذلك ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أمم أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات لخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكرن المال بين هاتين الجديتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة وتسقط عمات الام لانهن بمنزلة أب الام وهو غير وارث ، فان كان معهم عمات أب فلخالات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لانهن بمنزلة الجد : عمة أب وعمة أم لعمة الام الثلث والباقي لعمة الاب ، هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق ، وقال القاضي المال لعمة الاب لانها أسبق

لا خلاف بين المنزلين في أن لولد كل اخت ميراثها وهو النصف فمن سوى جعل النصف بين الاخت واخته نصفين والنصف الآخر لبنت الاخرى وتصح من أربعة ، ومن فعل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة وقال أبو يوسف للابن النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة وقال محمد لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثة والاخرى اثنتان وتصح من تسعة وإذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات ، ومتى كان الاخوات والاخوة من ولد الام فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا أنثوري ومن أمات السبب : ثلاث بنات أخ وثلاثة بنات أخت إن كانا من أم فالمال بينهم على عددهم وإن كانا من أب أو من أبوين فلبنت الأخ الثلثان ولبني الاخت الثلث وتصح من تسعة عند المنزلين ومحمد وفي قول أبي يوسف يجعل لبني الاخت الثلثين ولبنات الاخ الثلث : ابن وبنت أخت لابوين وابن أخت لام هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى تصح من مائة ، قول محمد كأنها أختان من أبوين واخت من أم وتصح من خمسة عشر فان كان ولد الام أيضاً ابناً وابنة صححت عند جميعهم من مائة إلا أنثوري فإنه يجعل للذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر : ابنا اخت لابوين وابن وابنة أخت لاب وابنا أخت اخرى لاب من ثمانية في قول عامتهم وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى ، وعند من فضل من ثمانية وأربعين ، وقول محمد يسقط ولد الاب ويتفق قوله وقول أبي يوسف في أن المال لابن

لأنها أخت الجد وهو وارث وهذا قول أكثر المذاين لأنهم يورثون الأسبق بكل حال . خالة أم وعمه
 أب لخالة السدس رالقي لعمها لأنها كجدة وجدة وكذلك القول في خالة أب وعمه : خالة أم وخالة
 أم أب المال لخالة لأنها بمنزلة أم أم وأم أم أب : خال أب وعم أم المال لخال لأنه بمنزلة جدة
 والجدة بمنزلة الأمهات : بنت خال أم وبنت عم أب لبنت الخال السدس ولبنت العم ما بقي ومن
 ورث لأسبق جعل الكل لبنت العم . أبو أبي أم وأبو أم أب المال لأبي أم الأب فان كان معهما أبو
 أم أم فهو بينهما نصفين لهما بمنزلة جدتين متحاذيتين . أبو أم أبي أم وأبو أبي أم أم المال لهذا لأنه
 أسبق فان كان معهما أبو أم أبي أم فالمال له لأنه بأول درجة يلقي الوارث . أب وأم أبي أم أبي الأم اثنتان
 والباقي للأب فان كان معهما أبو أم أم فالمال له لأنه يدلي بوارث فان كان معهما أبو أم أم فالمال
 بين هذا والذي قبله نصفين

(فصل) وإذا كان لقي الرحم قرابتان ورث بهما بإجماع من المورثين لهم إلا شيئاً يحكي عن أبي
 يوسف أنهم لا يورثون إلا بترابة واحدة وليس بصحيح عنه ولا صحيح في نفسه لأنه شخص له جنتان
 لا يرجع بهما فورث بهما كالزوج إذا كان ابن عم وابن العم إذا كان أخاً من أم ، وحساب ذلك أن تجعل
 ذا القرابتين كشخص فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى
 لابن الثمان ولبنت اثنتان فان كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولاخته الربع ومن

الأخت من الابوين : ابن أخت لابوين وابن وابنة أخت لام وابنة وابنة أخت أخرى لام قول المذاين
 من عشرين اثوري من ثلاثين محمد من ستين

(فصل) ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات مذهب أحمد وسائر المذاين ان المال يقسم بين
 الاخوات على قدر سهامهن فما أصاب كل أخت فهو لولدها والمال في هذه المسئلة بين الاخوات على
 على خمسة فيكون بين اولادهن كذلك ، والحكم في ثلاث بنات عمات مفترقات كذلك لأنهن أخوات
 الأب فيراثه بينهن على خمسة ، وكذلك ثلاث خالات مفترقات لأنهن أخوات الأم وقدم أهل القراية
 من كان لاب وأم من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام إلا محمد بن الحسن فإنه قسم ميراث اولاد
 الاخوات على أعدادهم واقامهم مقام أمهاتهم كأنهم أخوات

(مسائل) من ذلك ست بنات ثلاث أخوات مفترقات المال بين الاخوات على خمسة فما أصاب
 كل واحدة فهو لبنها وتصح من عشرة وعند أبي يوسف المال كله لولد الابوين وعند محمد لما للثلاثان
 ولولد الأم الثلث وتصح من ستة : ست بنات ست أخوات مفترقات لبنتي الاختين من الابوين الثلاثان
 ولولد الأم الثلث وتصح من ستة هذا قول محمد . ابن أخت لابوين وابن وابنة أخت لاب وابنة وابنة
 أخت أخرى لاب وثلاثة بني وثلاث بنات أخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى ومن ستين
 عند من فضل ومن أربعة وخمسين عند محمد ، فان كان معهم أربعة بني وأربع بنات أخت أخرى لام

فضل جعل له النصف والثالث ولاخته السدس وهذا قول أكثر التزايين وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس
قول أبي يوسف له أربعة أخماس المال ولاخته الخمس: بنتا أخت من أم أحدهما بنت أخ من أب
وبنت أخت من أبيين هي من اثني عشر سنة لبنت الأخت من الابن وأربعة لثلاث القرابيتين من
جدة ابنتها ولها سهم من جدة أمها وللأخرى سهم: عمتان من أب أحدهما خالة من أم وخالة من أبيين
هي من اثني عشر أيضاً لثلاث القرابيتين خمسة ولعممة الأخرى أربعة وللخالة من الابن ثلاثة فإن
كان معهما عم من أم هو خال من أب صححت من تسعين: ابن وبنت ابن عم من أم البنت هي بنت
عم من أم والدهم هو خال من أب: ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من
أب والخالان عمتان من أم هي من ثمانية عشر

(مسائل شتى) يعني منفرة فانها مسائل من أبواب منفرة يقل شتى وشتان وقال الله تعالى
(تحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى) وقال تعالى (ان سعيكم لشتى) وقال الشاعر:
قد عشت في الناس ألوأراً على طرق شتى وقاسيت فيها الين والنظما

(مسئلة) قال (والخثي المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى فان بال
من حيث يبول الرجل فليس بمشكل وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل وإن بال من
حيث تبول المرأة فله حكم امرأة)

صححت من اثني وأربعة وأربعين عند التزايين كلهم، قول محمد كأنهم أخت لابوين وست أخوات لاب
واربع عشرة اختاً لام سهم ولد الاب ينهم على تسعة فتصح من ثمانية وعشرين، فإن كان ولد
الأخت من الابوين ابناً وبنتاً صححت كذلك عند المنزليين وعند محمد كأنهما اختان لابوين فيسقط ولد
الاب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في البهات المفرقات والحالات المفرقات وأولادهن كالقول
في ولد الاخوات المفرقات

(فصل) فإن كن ثلاث بنات ثلاث أخوة مفرقين فلبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت
الاخ من الابوين هذا قول جميع المنزليين لأن الاخوة المفرقين يسقط ولد الاب منهم ولدا الابوين
وللاخ للام السدس والباقي كله للاخ لابوين، ثم ما صار لكل اخ فهو لولده وكذلك الحكم في
الأخوال المفرقين لانهم لأخوة الام

(مسائل) من ذلك ست بنات ستة أخوة مفرقين لولد الام الثلث والباقي لولد الابوين: ست
بنات ثلاثة أخوة مفرقين لولد الام السدس والباقي لولد الابوين قول محمد لولد الام الثلث: بنت اخ
لابوين وابن اخ لام وبنت اخ آخر لام، ابن وبنت بنت اخ لاب وابنا وابنتا ابن اخ لام وثلاث بنى
(الفني والشرح الكبير) (١٥) (الجزء السابع)

الخشى هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثنب في مكان الفرج يخرج منه البول ويقسم إلى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه علامات الذكورية أو لاثوية فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في أرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علانته فيه ويستبر بماله في قول من: إننا قوله من أهل العلم، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخشى يورث من حيث يبول أن يال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن يال من حيث يبول المرأة فهو امرأة، وعن روي عنه ذلك علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأمل الكوفة وسائر أهل العلم.

قال ابن البان روى السكبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من ابن يورث؟ قال من حيث يبول وروي أنه عليه السلام أنه يخشى من الانصاف قال «ورثوه من أول ما يبول منه» ولأن خروج البول أعم للعلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر الدلائل إنما يوجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وتلك الثدي وخروج المني والحيض والحبل وإن يال منها جميعاً اعتبرنا أسبقها نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه قال الجمهور فإن خرجاً مماً ولم يسبق أحدهما فقال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم يرث من المسكان الذي ينزل منه أكثر وحكي هذا عن الأوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يمتدحه أصحاب الشافعي رضي الله عنه في أحد الوجهين

وثلاث بنات بنت أخ لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزلة، فإن كان مكان الأخ من اب اخت كانت من ستين فإن كان معهم ابن بنت اخت من ابوين عادت إلى اثنين وسبعين (فصل) بنت أخ لام وبنت ابن أخ لاب للأولى السدس والباقي للثانية عند المنزلة وفي القرابة هي للأولى لأنها أقرب إلى الميت. بنت بنت أخ لابوين وبنت ابن أخ لابوين المال لهذه في قول الجميع: بنت ابن أخ لام وبنت بنت أخ لابوين وابن بنت أخ لاب للأولى السدس والباقي للثانية، وقال أبو يوسف الكل للثانية: بنت أخ لام وبنت بنت أخ لاب للأولى السدس والباقي للثانية، وإن كانا من جهة واحدة: ابن وبنت اخت لابوين وبنت أخ لاب وثلاثة بني اخت لأب وخمس بني اخت لام وعشر بنات أخ لام أصلها من ثمانية عشر تصح من خمسين وأربعين في قول المنزلة النصف من ذلك بين ولدي الاخت لابوين بالدية عند من سوى وأثلاثاً عند من فضل ولولد الأم الثلث وهما ثمانية وعشرون ولولد الأخ تسعون ولولد الاخت تسعون ولولد الأب تسعون ولولد الأخ ستون ولولد الاخت ثلاثون: ثلاث بنات أخوة مفرقين وثلاث بنات أخوات مفرقات ولودي الأم الثالث بينهما بالسوية والباقي لولدي الابوين لبنت الأخ ثلثه ولبنت الاخت ثلثه وإن كان معهم ثلاث بني أخوال مفرقين فلهم السدس لابن الحال من الأم سدسه

ولنا انها مزية لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالسابق فان استويا فهو حيثنشد مشكل فان مات له من يرثه فقال الجمهور يوقف الامر حتى يبلغ فيثنين فيه علامات الرجل من نبات الاحية وخروج المني من ذكره وكونه مني رجل ، أو علامات النساء من الخيض والحبل وتلك التدين نص عليه أحمد في رواية الميموني وحكي عن علي والحسين أنهما قالوا تعد اضلاعه فان اضلاع المرأة اكثر من اضلاع الرجل بضام ، قال ابن القبان فلو صح هذا لما أشكل حاله ولما احتيج الى مراعاة المباله ، وقال جابر بن زيد يزأف الى جنب خائط فان بال عليه فهو رجل وان شلل بين فخذه فهو امرأة وليس على هذا تعويل والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى وانه يوقف أمره مادام صغيراً فان احتيج الى قسم الميراث اعطى هو ومن معه اليقين ووقف الباقي إلي حين بلوغه فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه اثنى وتدفع الى كل وارث أقل النصيبين وتقف الباقي حتى يبلغ ، فان مات قبل بلوغه أو بلغ مشكلاً فلم تظهر فيه علامة ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث اثنى نص عليه أحمد وهذا قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري والشافعي وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم وضرار ابن صرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأه وأحالاته واعطى الباقي لساير الورثة واعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يدين الامر أو يصطلحوا ، وبه قال أبو ثور ودارد وابن جرير وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه .

وباقية لابن الحلال من الابوين ويبقى النصف لبنت الأخ من الابوين ثلثا ولبنت الاخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين .

(مسئلة) (وان اختلفت منازلهم من المسدلى به جعلته كاليث وقسمت نصيبه بينهم على ذلك كثلث خالات ، مفرقات وثلاث عمات مفرقات فالثلث بين الخالات على خمسة والثلثان بين العمات كذلك فاجتزأ باحداهما واضربهما في ثلاثة : تكن خمسة عشر للخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة اسهم وللخالة التي من قبل الاب سهم ولتي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة اسهم ولتي من قبل الاب سهمان ولتي من قبل الام سهمان ، انما كان كذلك لان الخالات بمنزلة الام والعمات بمنزلة الاب فكانت ائيت خاف اباه وامه فلأمه الثلث والباقي للاب فما صار للام بين اخواتها على خمسة لانهن اخوات لها ، مفرقات فيقسم نصيبها بينهم بالنرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين اخواته المفرقات ، وما صار للاب قسم بين اخواته على خمسة فنصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداهما تجزيه عن الاخرى لانهما عددان متماثلان ، فنضرب احداهما في اصل المسئلة وهي ثلاثة تكن خمسة عشر ، فللخالات سهم في خمسة مقسومة بينهم كما ذكر وللمات سهمان في خمسة مقسومة بينهم على خمسة كما ذكر وهذا قول عامة المتأخرين وعند أهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين

ولنا قول ابن عباس ولم نعرف له في المصداقة منكرا ولأن حالته تساوتا فوجبت التسوية بين حكميهما كالموعدة نفسان دارا بأيديهما ولا بينة لهما، وليس قورنيته بأسوأ أحواله بأولى من قورنيته من معه بذلك فتخصيصه بهذا تحكم لا دليل عليه ولا سبيل إلى الوفاء لانه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع المال مع يقين استحقاتهم له

(فصل) واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى في كيفية توريثهم فذهب أكثرهم إلى أن يجعلوا مرة ذكورا ومرة إناثا وتعمل المسئلة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم تضرب أحدهما في الأخرى أن تبايتنا أو في وقتها أن اتفقنا ونجتزئ، بأحدهما أن تماثلنا أو بأكثرهما أن تماثلنا فتضربهما في اثنين ثم تجمع ما لكل واحد منهما أن تماثلنا وتضرب ما لكل واحد منهما في الأخرى أن تبايتنا أو في وقتها أن اتفقنا فتدفعه إليه ويسمى هذا مذهب المنزلين وهو اختيار أصحابنا وذهب الثوري والشافعي في الولد إذا كان فيهم خثى إلى أن يجعل للأنثى سهمين وللخثى ثلاثة ولذكر أربعة وذلك لأننا نجعل للأنثى أقل عدله نصف وهو اثنان ولذكر ضعف ذلك أربعة وللخثى نصفهما وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهذا قول لأبى بصير وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ويخالفه في بعضها وبيان اختلافهما أننا لو قدرنا ابنا وبنتا وولدا وخثى لكانت المسئلة على هذا القول من تسعة للخثى اثنتان وهو ثلاثة وعلى القول الأول

الثلاث وسقط سائرهن، وقال نعيم وإسحاق الخالات كلهن سواء فيكون لصبيهن بينهن على ثلاثة وكذلك لصبيات اللوات بينهن على ثلاثة يتساوين فيه فتسكون هذه المسئلة من تسعة، فإن كان مع الخالات خال من أم ومع اللوات عم من أم فسم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة ونصف من عمانية عشر عند المنزلين (مسئلة) (فإن خلف ثلاثة أخوال مفترقين فلا خال من الأم السدس والباقي للخال من الأبوين) كما لو خلف ثلاثة أخوة مفترقين ويسقط الخال من الأب كما يسقط الأخ من الأب في الأخوة المفترقين بالأم من الأبوين، وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات مفترقات كثلاث بنات أخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات كما ذكر

(مسئلة) (فإن كان معهم أبو أم أسقطهم) كما يسقط الأب الأخوة وأولادهم

(فصل) ثلاثة أخوال مفترقين معهم أخواتهم وعم وعممة من أم الثلاث بين الأخوال والخالات على ستة للخال والخالة من الأم الثلاث بينهما بالسوية وإنشاء للخال والخالة من الأبوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزلين وأحدى الروايتين عن أحمد وذكرها الحارثي في الحال والحالة خاصة والرواية الأخرى هو بينهما على السوية، والثلاثان بين العم وعممة بالسوية : ثلاث عمات وثلاث بنات عم، وثلاث خالات، وثلاثة بنات خال، الميراث للعات والخالات وسقط الباقي ويكون للخالات الثلاث والباقي للعات، فإن كان معهم ثلاث بنات أخوة فلا خالات السدس والباقي للعات لأنهن بمنزلة الأب

مسئلة الذكورية من خمسة والانثوية من أربعة تضرب إحداها في الاخرى تكن عشرين ثم في اثنين
تكن أربعين للبنت سهم في خمسة وسهم في أربعة يكن لها تسعة ، ولذكر ثمانية عشر ولاخنثى سهم في
خمسة وسهان في أربعة يكن له ثلاثة عشر وهي دون ثلث الاربعين ، وقول من ورثة بالدعوى فباقي
بعد اليقين يوافق قول المنزليين في أكثر المواضع فإنه يقول في هذه المسئلة لذكر الحسن يقيين وهي
سنة عشر من أربعين وهو يدعي النصف من عشرين ولبنت الحسن يقيين وهي تدعي الربع ولاخنثى
الربع يقيين وهو يدعي الحسنيين ستة عشر ، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطي نصفها
ثلاثة مع العشرة التي معه صارت له ثلاثة عشر ، والابن يدعي أربعة فتعطي نصفها سهمين صار له ثمانية
عشر والبنت تدعي سهمين فتدفع اليها سها صار لها تسعة ، وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال
فلي قولهم يكون الميراث في هذه المسئلة من ثلاثة وعشرين لأن المدعى ههنا نصف وربع وخمسان
ومخرجها عشرون يسلي الابن النصف عشرة وللبنت خمسة والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين ، قلن
لم يكن في المسئلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثها بالدعوى من أصل المال
وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة ولاخنثى خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين
وان كانت بنت وولد خنثى ولا عصبه معها فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل
وان كان معها عصبه فهي من ستة لاخنثى ثلاثة وللبنت سهران والعصبه سهم في الاقوال الثلاثة ، فان

فيسقط منهم بنات الاخوة لانهن بمنزلة الاخوة ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة
الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على المات لانهن أولاد بنيه والمات أخواته ، ووجه هذا الاحتمال
أنا اذا جعلنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ما تقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من
جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا نلزم منه سقوط بنات الاخوة بينات الم
من الام لانهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن بينات المات وبنات الاعمام كلهم ، فاما ان كان
مكان المات والحالات بناتهن فالحالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة لبنت الاخ
من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين ، وتصح المسئلة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من
أبوين ولا من أب فالباقي لبنت الم من الابوين .

(فصل) خالة وابن عمه للخالة الثلث والباقي لابن عمته ، وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع
القريب ، وفي قول أكثر المنزليين وأهل القراة : المال للخالة لأنها أقرب وكذلك ان كان مكان الخالة
خال عمه وابن خال معه أخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية إن كان أبوها خلا من أم وإن
كان من أب أو من أبوين ففيه روايتان (أحداهما) هو بينهما بالسوية أيضاً (والثانية) على ثلاثة
والباقي للعممة وعند أكثر الفرضيين المال للعممة : بنت عم وابن عمه وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت
الخال وابن الخالة بالسوية إن كانا من أم وإن كانا من أبوين أو من أب فهل هو بالسوية أو على ثلاثة ؟

كان معهما أم وعصبة نهي في التنزيل من سنة وثلاثين للأم سنة وللخشى ستة عشر وللبنت أحد عشر
والعصبة ثلاثة ، وقباس قول الثوري أن يكون للخشى والبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة (١) والأم
السدس ويأتي نصف السدس للعصبة وتصح من ستين (٢) وإن كان ولد خشى وعصبة فللخشى ثلاثة
أرباع المال والباقي للعصبة إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فإنه يجعل المال بينهما أثلاثاً
لأن الخشى تدعي المال كله ، والعصبة تدعي نصفه فتضيف النصف إلى السكل فيكون ثلاثة أنصاف
لسكل نصف ثالث : بنت وولد ابن خشى وعم هي في التنزيل من اثني عشر ، وترجع بالاختصار إلى
سنة للبنت النصف وللخشى اثلاث ولعم السدس

(١) في نسخة ثلاثة

(٢) في نسخة من

اثني عشر

(فصل) وإن كان الخشى يرث في حال دون حال كزوج وأخت وولد ابن خشى فمقتضى قول
الثوري أن يجعل للخشى نصف ما يرثه في حال إرثه وهو نصف سهم فتضمنه إلى سهام الباقي وهي
سنة ثم تبسطها أنصافاً ليزول السدس فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والأخت
نصفين ، وقد عمل أبو الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهداية ، وأما في التنزيل فتصح من
ثمانية وعشرين للخشى سهمان وهي نصف سبع ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر ، وإن كان
زوج وأم وأخوان من أم وولد أب خشى فله في حال الأنوثة ثلاثة من تسعة فأجل له نصفها مضموماً
إلى سهام باقي المسئلة ثم تبسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة

فيه روايتان . وإن كان ابن الخالة من أم والحال من أب فلا ين الخالة سدس الثالث والباقي لبنت الخال
وإن كانت بنت الخال من أم وإن الخالة من أب فالثالث بينهما على أربعة والباقي لابن الأم وعند
أكثر المنزليين المال كله لبنت الأم لأنه سبق إلى الوارث : خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند أهل القرابة
هو للخالة : عمه وبنت عم من نزل العمه أباً جعل المال لها ومن نزلها عمّاً جعله بينهما نصفين وكذلك من
أمات السبب : بنت ابن عم لاب وبنت عمه لابوين المال لبنت ابن العم . ابن خال من أم وبنت خالة من
أب وبنت عم من أم وابن عمه من أب الثلث من أربعة والثلثان من أربعة أيضاً وتصح من اثني عشر وفي
القرابة الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العمه وتصح من ثلاثة

(فصل) خالة وخال وأبو أم المال لابي الأم فإن كان معهم ابنة عم أو عمه فالثلث لابي الأم والباقي
لابنة العم أو العمه فإن كان مكان أبي الأم أمه فلا شيء لها لأن الحالة اسبق إلى الوارث والجهة واحدة :
خالة وأبو أم أم ، المال للخالة ، لأنها بمنزلة الأم وهي تسقط أم الأم : ابن خال وابن أخ من أم ،
المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزليين هو لابن الأخ فإن كان معهما ابن أخت من
أب فاللأب بينهما على خمسة لابن الأخت ثلاثة أخماس ولكل واحد منهما الخمس ، فإن كان معهم بنت
أخ من أبوين فلها النصف ولكل واحد من الباقيين السدس . وعند المنزليين لا شيء لابن الخال ، والمال
بين الباقيين على خمسة : خال ، وابن ابن أخت لأم ، المال بينهما على ثلاثة ، وعند المنزليين هو للخال

وثلاثين وهي السدس، وان كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خشي وعم فهي من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس والخنثي السدس ولعم ما في على القولين جميعا

(فصل) وان خلف خمين فصاعدا نزلهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للثنتين أربعة أحوال وثلاثة نمازة وللاربعة عشرة والخمسة اثنين وثلاثين حالاً ثم تجمع ما لهم في الاحوال كلها فنقسمه على عدد أحوالهم فما خرج انقسم فهو لهم ان كانوا من جهة واحدة وان كانوا من جهات جمعت ما السكل واحد منهم في الاحوال وقسمته على عدد الاحوال كلها فلما خرج بانقسم هو نصيبه وهذا قول ابن أبي ليل وضرار ويحيى بن آدم، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي (والوجه لا يخفى) أنهم ينزلون حالاً مرة ذكراً ومرة أنثى كأنه ينقسم في واحد وهذا قول أبي يونس والاول أصبح لانه يعطي كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيعدل بينهم، وفي الوجه الآخر يعطى بعض الاحتمالات دون بعض وهذا يحكم لادبائهم، ببيان هذا في ولد خشي وولد أخ خشي وعم إن كانا ذكراً فالحال اولد، وإن كانا أنثى فالحال نصف والنصف الباقي لعم وهي من أربعة عند من نزلهم حالين فاولد ثلاثة أرباع المال ولعم ربه ومن نزلهم أحوالاً زاد حالين آخرين وهو أن يكون الولد وحده ذكراً وأن يكون ولد الاخ وحده ذكراً فذكر المدة من ثمانية فاولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربه ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الاخ نصف المال في حال فله ربه وهو الثلث ولعم

بنت بنت أخت لابوين، وابن ابن أخ لام، وبنت ابن أخ لاب وبنت خالة، لهذه السدس، والباقي لبنت ابن الاخ. وعند المنزليين المال كله لها

(فصل) عمه وابنة أخ، المال لعمه عند من نزلها أباً ولابنة الاخ عند من نزلها عمًا، وبينهما عند من نزلها جدًا. بنت عم وبنت عمه وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب، لبنت الاخ من الام السدس، والباقي لبنت الاخ من الاب، فإن لم يكن بنت أخ من أب فالباقي لبنت العم، ويحيى على قول من نزل البعيد حتى يباحق بوارثه وجعل الابوة جهة والاخوة جهة أن يسقط أولاد الاخوة فان جعل الابوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم بنت العمه، وقيل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد. بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب لبنت الخال اثناث والباقي لبنت الاخ وعند أكثر المنزليين السكل لبنت الاخ. ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس الباقي بين بنات العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة أو واحد من أولادها فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فانه يورثهم ويسقط ولد الاخوات ويقضيه قول أبي الخطاب. خالة وعمه وست بنات ثلاث أخوات مفترقات، للخالة السدس والباقي للعمه ومن نزلها عمًا فلبنتي الاخ من الابوين النصف ولبنتي الاخ من الاب السدس ولبنتي الاخ من الام السدس فان كن بنات ست أخوات مفترقات طالت على هذا إلى سبعة

مثل ذلك وهذا أعدل، ومن قال بالدموى فيما زاد على اليقين قال الاخ النصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم أثلاثا ونصح من ستة، وكذلك الحكم في أخ خشي وولد أخ وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئا اذا كان أشي، ولو خف بنتا وولد أخشي وولد ابن خشي وعصبة فنزلها حالين جعلهما من ستة لولد الخشي ثلاثة ولابنت سهران والباقي للعم، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس والعم سدسه وهذا أعدل الطريقين لما في الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العم وهكذا نصنم في الثلاثة وما كان أكثر منهم، ويكفي هذا التقدير من هذا الباب فإنه نادر قل ما يحتاج إليه واجتماع خشيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه

(فصل) وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بهذا لم يذكره الفرضيون ولم يسمعوا به قلنا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج لا ذكر ولا فرج أما أحدهما فذكر وأنه ليس له في قبله الاخوة نائمة كالأخوة يرشح البول منها رشعا على الدوام وأرسل الينا يسألنا عن حكمه في الصلاة والتحرز من التجاسة في هذه السنة وهي ستة عشر وستائه، وإثني شخص ليس له الا مخرج واحد فيما بين المحرمين منه ينوط ومنه يبول. وضأت من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه إنما يلبس لباس النساء ويخاططن ويغزل معهن ويمد نفسه امرأة. وحدثت أن في بعض بلاد العجم شخصا ليس له مخرج أصلا لا قبل

(مسئلة) (وإن خلف ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الابوين وحدها) أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القراية، وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة. قال شيخنا ولا يصح شيء من هذا لانهم بمنزلة آبائهم، ولو كان آبؤهم أحياء لسكان المال لهم من الابوين، وفارق بنات الاخوة لان آباءهم يكون المال بينهم على ستة ويرث الاخ من الام مع الاخ من الابوين بخلاف العمومة، وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لانها بمد زوجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم. قال الخبري وليس بشيء، وقد ذكر أبو الخطاب قولاً من وآبه يفضي إلى هذا فإنه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى، وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام إذا كانا من جبهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا، فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمسين الآخرين. وأظن أبا الخطاب لو علم انقضاء هذا القول إلى هذا لم يذهب إليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد. قال شيخنا ولا يختلف المذهب أن الحكم في هذه المسئلة على ما ذكرنا أولا (ومن مسائل ذلك) بنت عم لابوين وبنت عم لأب، المال للأولى. بنت عم لاب وبنت عم لام كذلك

ولا دبر وإنما بقايا ما يأكله وما يشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخشى إلا أنه لا يمكن اعتباره ببنايه ،
فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكم الخشى المشكل في ميراثه وأحكامه
كلها والله تعالى أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وابن الملاعة ترثه أمه وعصبتها فاز خلف أما وخالا فلا ثمه الثلث
وما بقي فللخال)

وجملته أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها وفرق الحاكم بينهما انزف ولدها عنها وانقطع نعتصيه
من جهة الملاعن فلم يرث هو ولا أحد من عصباته ورثت أمه وذوو الفروض منه فروضهم ويقطع التوارث
بين الزوجين ، لأن لم يبين أهل العلم في هذه الجملة خلافا ، وأما إن مات أحدكم قبل تمام الاعان من
الزوجين ورث ، إلا تخران في قول الجمهور ، وقال الشافعي رضي الله عنه إذا كل لزوج لعانه لم يتوارثا
وقل مالك إن مات زوج بعد اعانه فإن لاعت المرأة لم ترث ولم نحد ، وإن لم تلعن ورثت وحدت
وإن ماتت هي بعد اعان لزوج ورثها في قول جميعهم - إلا الشافعي رضي الله عنه ، وإن تم الاعان بينهما
فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما فنزف روايتان

(أحدهما) لا يتوارثان وهو قول مالك وزفر ، ودروي نحو ذلك عن الزهرجوري بنية والاوزاعي
وداود لأن الاعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع

بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك : بنت ابن عم لاب وبنت غم لام المال للأولى عند المنزولين ،
وللتانية عند أهل انقراة لأنها أقرب . بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال للأولى في قولهم جميعاً .
بنت عم وابن عم المال لبنت العم عند الجمهور . وحكي عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العم سهم .
بنت بنت عم وبنت ابن عم . المال لهذه عند الجمهور ، وقول ابن سالم هو للأولى . بنت عمه من أبوين وبنت
عم من أم ، لبنت أم السدس ، ولبنت العمه النصف ويرد عليهما الباقي فيكون بينهما على أربعة . ثلاث
بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهما على ستة فإن كان مهن بنت عم من أبوين أو اب
ورثت المال دونهن

﴿ مسألة ﴾ (فإن أدلى جماعة منهم بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم كأنهم أحياء فصار
الحكل وارت فهو ابن أدلى به)

إذا لم يسبق بعضهم بعضاً فإن سبق بعضهم بعضاً فالسابق إلى الوارث أولى كبنت بنت بنت وبنت
أخ لام المال لبنت بنت البنت لأن جدتها تسقط الأخ من الأم ، ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ
والقول الأول أولى ، وإن كانوا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه فيأخذ نصيبه سواء سقط

(والرواية الثانية) يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما وهو قول أبي حنيفة وصاحبه لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفرقة ، وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور . وقال أبو حنيفة وصاحبه ان فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثا وقعت الفرقة وانقطع التوارث لانه وجد منهما معظم اللعان ، وإن فرق بينهما قبل ذلك لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث

ولنا أنه تفرق قبل تمام اللعان فأشبه التفريق قبل الثلاث وهذا خلاف في توارث الزوجين فأما الولد فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفرق الحاكم لان اتفاه ينتفيه لا بقول الحاكم فرقت بينهما فان لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع توارث بينهما وقال أبو بكر : ينتفي بزوال الفرائض وان لم يذكره لان النبي ﷺ نفى الولد عن الملاعن وألقاه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه ، وبحق ذلك ان الولد كان حملا في البطن فقال النبي ﷺ : انظروها فان جاءت بها حيمر كأنه وحره حش الساقين فلا اراه إلا قد كذب عليها ، وان جاءت به جعدا جاليا خدج الساقين سابع الالبتين فهو الذي رميت به ، فأتت به على الذمت انكره

إذ ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول : اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروى عن أحمد فيه روايتان (إحداهما) ان عصبة عصبه أمه . قلها الاثرم وحنبلي يروى ذلك عن

القريب أو لم يسقط اذا كانوا من جهة واحدة كخالة وأم أبي أم الميراث فاختلة لانها تلقي الام بأولى درجة ، وإن أسقط بعضهم بعضا كابن الأم والاخول فأسقط الاخوال لان الاب يسقط الاخوة والاخوات . وقيل عن أحمد جماعة من أصحابه في خلة وبنت خالة وبنت ابن عم لاختلة الثالث ولابنة ابن العم اثنتان ولا تعطي بنت الخالة شيئا

ونقل حنبلي عنه أنه قال : قال صفيان قرلا جسنا اذا كانت خالة وبنت ابن عم تعطي الخالة ثلث وبنت ابن عم اثنين وظاهر هذا يدل على ما قلناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح وقال ضرار بن سرمد إن كان البعيد اذا نزل أسقط التفرقة بالتفرقة أولى وإن لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى نلحقه بوارث ، وقال سائر المنزلةين السابق الى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في تقديم السابق إذا كانا من جهة واحدة الا نعيما ومحمد بن سالم قانها قالوا في عمه وبنت عمه المال بينهما لصفين .

(فصل) فان انقرض واحد من ذوي الارحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم فان كانوا جماعة فأدوا بشخص واحد كخالة وأم أبي أم وابن خال قالمال بالخالة لانها تلقي الام بأول درجة وهذا قول عامة المنزلةين الا أنه حكى عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الام خاصة أنهم آمنوا بالام وجعلوا نصيبها لورثتها ، ويسمى قولهم قول من أمات السبب واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي

علي وابن عباس وابن عمر وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي: الحكم
وحاد وأشوري والحسن بن صالح إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الأرحام أحق من لاسهم له ،
وقدم الرد على غيره (والزوايا اثنتان) أن أمه عصيته فإن لم تكن فعصبتها عصبة عنه أبو الحارث
ومنها وهذا قول ابن مسعود وروى نحوه عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده أن النبي ﷺ جعل ميراث ابن الملائنة لأمه ولورثتها من بعدها ، ورواه أيضاً مكحول عن
النبي ﷺ مرسل . وروى وإثله بن الأستع عن النبي ﷺ قال : تحوز المرأة ثلاثة موارث : متبقها
واقطعها وولدها الذي لا بنت عليه .

وعن عبيد الله بن عبيد بن عمير قال كتبت إلى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد
الملائنة لمن قضى به رسول الله ﷺ فكتب إلي أني سألت فأخبرت أنه قضى به لأمه ، هي بمنزلة
أبيه وأمه . رواه أبو داود ، ولأنها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه إليها فقامت مقامها في حيازة
ميراثه ، ولأن عصبات الأم أدلوا بها فلم يرثوا معها كأقارب الأب معه . وكان زيد بن ثابت يورث
من ابن الملائنة كما يورث من غير ابن الملائنة ولا يجعلها عصبة ابنها ولا عصبتها عصبة فإن كانت
أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاهما فإن لم تكن مولاة جعله لبيت المال ، وعن ابن عباس نحوه
وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري وربيعة وأبو الزناد

الأرحام فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الأم لأنها أخت ، لأم أبي الأم السدس لأنها جدة والباقي
لابن الخال لأنه ابن أخ .

ولنا أن الميراث من الميت لا من سبيه ولذلك دررنا أم أم الأم دون ابن عم الأم بغير خلاف
أيضا في أبي أم أم وابن عم أبي أم أن المال للجدة لأنه أقرب ، ولو كانت الأم الميتة كان وارثها ابن عم
أمها دون أبي أمها . خالة وأم أبي أم وعم أم مال الخالة وعندهم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم ، فإن لم
يكن فيها عم أم فالل مال بين الخالة وأم أبي الأم على أربعة ، فإن لم يكن فيها جدة فالل مال بين الخالة وعمها
نصفين . ابن خالة وابن عم أم المال لابن الخالة وعندهم لابن عم الأم
(مسألة) (والحجرات أربع الأبوة والأمومة والبنوة والاختوة)

قال شيخنا لم أعلم أحدا من أصحابنا ولا من غيرهم عدل الحيات وبينها إلا أبا الخطاب فإنه عددها خمس حجرات
الأبوة والأمومة والبنوة والاختوة والعمومة ، وهذا يفتي إلى أن بنت العم من الأم وبنت العم من الأم وبنت العم من
الأبوين . قال شيخنا ولم أعلم أحدا قال به وقد ذكر شيخنا في المغني أنه قياس قول محمد بن سالم لأنها تعد درجتين
بمنزلة الأب والأب يسقط العم ، وكذلك بنت العم من جهة الأب وبنت العم من جهة الأم ، والصواب إذا
أن تكون الحجرات أربعة الأبوة والأمومة والبنوة والاختوة ، إلا أنا إذا جعلنا الاختوة جهة أفضى إلى
إسقاط بنت الأخ وبنت الأخوات وبنوهن بنات الأعمام والعمات وهو بعيد أيضا لأن الأخ يسقط

وما لك وأهل المدينة والشامي وأبو حنيفة وصاحباء وأهل البصرة إلا أن أباحنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوي الارحام أحق من بيت المال لان الميراث انما ثبت بالنص ولا نص في توريث الام أكثر من الثلث ولا في توريث الاخ من الام أكثر من السدس ولا في توريث أبي الام وأشباهه من عصبات الام ولا قياس أيضا فلا وجه لإبائته

ووجه قول الحرقى قول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر »
وأول الرجل به أقرّب أمه ، وعن عمر رضي الله عنه أنه ألحق للملاعة بعصبة أمه وعن علي رضي
الله عنه أنه لما رجم المرأة عا أوياها فقال هذا ابنكم رثوته ولا يرثكم ، وإن جنى جناية فعليكم .
حكمه الامام أحمد عنه . ولأن الام لو كانت عصبة كأيها لحجبت اخوته ، ولأن مولاها مولى أولادها
فيجب أن تكون عصبتها عصبة كلاب فإذا خلف ابن الابنة أما رخصا فلا أمه الثالث بلا خلاف
وبالباقي لحاله لانه عصبة أمه . وعلى الرواية الاخرى هو لما كاه وهذا قول علي وابن مود وأبي حنيفة
وموافقه إلا أن ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصبة والباقون بالرد ، وعند زبد الباقي لبيت المال فإن
كان معها مولى أم فلا شيء له عندنا

وقال زيد ومن واقفه وأبو حنيفة الباقي له وإن لم يكن لأمه عصبة إلا مولاهما فالباقي له على الرواية التي اختارها الحرقى وعلى الأخرى هو الأم وهو قول ابن مسعود لأنها عصبة ابنها فإن لم يخلف إلا أمه فلها الثلث بالفرض والباقي بالرد وهو قول علي وسائر من يرى الرد ، وفي الرواية

العم فعمل، هذا ينبغي أن تكون الجهات ثلاثة الأبوة والامومة والبنوة ودو الذي اختاره شيخنا أخيراً ذكره في كتاب العمدة ، فعلى هذا يرث أسبقهم الى الوارث وهو أولى ان شاء الله تعالى

(مسائل) من هذا بنت بنت بنت وبنت بنت بنت وبنت أخ ، المال بين الاولى والثالثة وسقطت الثانية الا عند محمد بن سالم ونعيم قلها تشاركهما ، ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ لانها أسبق وعند أهل القرابة هو للأولى وحدها لأنها من ولد الميت وهي أقرب من الثانية . ابن خال وبنت عم ثلث وثلثان ومن ورث الأسبق جعله لبنت العم فان كان معها بنت عم فلا شيء لها لان بنت العم أسبق الى الوارث منها وهما من جهة واحدة ، وان كان معهم عم سقطت بنت العم لان العمة بمنزلة الاب وبنت العم بمنزلة العم . بنت بنت وبنت بنت ابن المال للثانية عند الجميع الا ابن سالم ونعيم . بنت بنت بنت وابن أخ لام المال للأولى ، ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل اسقط القريب . بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة عند جميع المنزلين وعند أهل القرابة هو لبنت البنات لانها أقرب . ابن بنت بنت وبنت أخ هو بينها ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنات . ابن بنت وابن ابن اخ لا يؤون المال بينهما وعند من ورث الاقرب وأهل القرابة هو للأول . بنت أخ وبنت عم أو بنت عمه المال لبنت الاخ ، وقياس قول أحمد في توريت القريب مع البعيد ان كانا من جهتين أن يكون لبنت النعم والعمة لانها من جهة الاب وذلك قول ضرار

الآخرى لها الباقي بالتعصيب وإن كان مع الام عصبة لها فقول يكون الباقي لها أوله؟ على روايتين وإن كان لها عصبات فهو لأقربهم منها على رواية الحرقى فإذا كان معها أبوها وأخوها فهو لأبيها وإن كان مكان أبيها جدها فهو بين أخيها وجدها نصفين ، وإن كان معهم ابنها وهو أخوه لأمه فلا شيء لأخيها ويكون لأمه الثلث ولأخيه السدس والباقي لأخيه أو ابن أخيه ، وإن خلف أمه وإخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لأخيه دون أخته وإن خلف ابن أخته وبنت أخته أو أخاه وخالته فالباقي للذكر وإن خلف أخته وابن أخته فللاخت السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية الأخرى الباقي للام في هذه المواضع .

(فصل) ابن ملاعة مات وترك بنتا وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فإن كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (إحداهما) للمولى وهو قول الأكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود، فإن لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في إحدى الروايتين والأخرى هو الام، فإن كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والأخرى هو للام: بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أب أو أم أو غيرهم من العصبات لبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة ، وإن كان معها أخ وأخت أو ابن أخ وأخته أو خال أو خالة فالباقي للذكر وحده في قولهم . وقال أبو حنيفة وأصحابه المال لبنت بالفرض والرد . وروي عن علي عليه

أيضاً ، ابن أخت وابن عم لام الميراث بينهما ومن ورث الأقرب جعله لابن الاخت وهو قول أهل القرابة لأنها من ولد أبوي الميت ولان العم للام من ولد أبوي أبويه. بنت عم وبنت عم اب هو للأولى عند الجميع إلا ابن سالم ونعيم. بنت بنت بنت وام أبي ام المال بينهما على أربعة. بنت بنت بنت وابو ام اب مثلاً عندنا وعند من ورث الأقرب جعله للثاني. بنت بنت بنت ابن وعمه أو خالة. للأولى النصف في الأولى ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الأقرب الكل للعممة أو للخالة

(نصل) في عمات الابوين وأخوالهما وخالاتهما ، مذهبنا تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة ونزول البعيد حتى يباحق بوارثه إن كانا من جهتين . ثم يجعل لمن أتى به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للإسبق بكل حال، والمشهور عند أهل العراق أن نصيب الام من خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب الاب بين عماته وخالاته كذلك

(ومن مسائل ذلك) ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات فخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكون المال بين هاتين الجديتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة ويسقط أعمام الام لانهم بمنزلة أبي الام وهو غير وارث فإن كان معهم عمات أب فلهن الثلاث الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لانهن بمنزلة الجد. عمه أب وعمه ام لعمه الام أثلاث والباقي لعمه الاب هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق

وقال القاضي المال لعمدة الاب لانها اسبق لكونها اخذت الجدة وهو وارث وهذا قول اكثر المنزلين لانهم يورثون
الاسبق بكل حال . خالة ام وعمة اب لخالة السدس والباقي للعممة لانها كجددة وكذلك القول في
خالة أب وعمته . خالة ام وخالة ام اب المال حالة الام لانها بمنزلة ام ام وام ام اب . خال اب وعمه ام المال
للخال لانه بمنزلة جدة . والجدات بمنزلة الامهات . بنت خال ام وبنت عم اب لبنت الخال السدس ولبنت
العم ما بقي ومن ورث الاسبق جعل الكل لبنت العم . ابو ابني ام وابو ام اب المال لابني ام الاب فان
كان معهما ابو ام ام فهو بينهما نصفين لانها بمنزلة جدتين متجاذبتين . ابو ام ابني ام وابو ابني ام ام
المال فتاني لانه اسبق فان كان معهما ابو ام ابني اب فالمال له لانه باول درجة يلقى الوارث . أب وأم ابني
ام لام ابني الام الثالث والباقي للاب فان كان معهما ابو ام ام فالمال له لانه يدلي بوارث فان كان معهم
ابو ام اب فالمال بين هذا والذي قبله نصفين

(مسئلة) (ومن امت قرايتين ورت بهما باجماع من المورثين) الا شيئاً يحكى عن ابي يوسف انه لا يرون الا بقرابة واحدة، ولا يصح عنه ولا هو صحيح في نفسه لانه شخص له جهتان لا يرجع بهما فورثهما كل زوج اذا كان ابن عم وابن العم اذا كان اخاً لام، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرايتين كشخصين فتقول في ابن بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى لابن الشان وبنت بنت الثالث فلن كانت أمها واحدة فله ثلاثة أرباع المال قد من سوى ولاخته الربع ومن فضل جعل له النصف

على أربعة ، وإذا لم يخلف ابن الملاعة إلا ذارحم فحكمهم في ميراثه كحكمهم في ميراث غيره على ما تقدم شرحه

(فصل) وإذا قسم ميراث الملاعة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقضت القسمة وقال أبو حنيفة لا يلحق النسب بعد موته إلا أن يكونا توأمين مات أحدهما وأكذب نفسه والآخري بقيلته نسب الباقي والميت ما وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المني بالعمان توأمين ولهما ابن آخر من الزوج لم ينفه فأت أحد التوأمين في ميراث توأمه منه كغيره ، الآخر في قول الجمهور ، وقال مالك يرثه توأمه ميراث ابن لابوين لأنه أخوه لابويه بدليل أن الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضي الله عنه ولما أنهم توأمين لم يثبت لهما أب يتسبان إليه فأشبهوا توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا ما إذا استأحق أحدهما لأنه يثبت باستلحاقه أنه أبوه

(فصل) قولهم أن الأم عصبة ولدا أو أن عصبتها عصبة إنما هو في الميراث خاصة كقولنا في الأخريات مع البنات فعلى هذا لا يعقلون عنه ولا يثبت لهم ولاية للتزويج ولا غيره وهذا قول الأكرين وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال لا ولاء المرجومة في ولدها هذا ابنكم يرثكم ولا ترثونه ، وإن بنى فعليكم ، وروى هذا عن عبد الله وإبراهيم

والثالث ولاخته السدس وهذا قول أكثر المترين وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة أخماس ولاخته الخمس . بنتا أخت من أم أحدهما بنت أخ من أب وأخت من أبوين هي من اثني عشر بنتا لبنت الأخت من الابوين وأربعة لذات القربتين من جهة أبيهما ولهما سهم من جهة أمهما وللأخرى سهم . عثمان من أب أحدهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثني عشر أيضاً لذات القربتين خمسة وللممة الأخرى أربعة وخالة من الابوين ثلاثة فإن كان معهما سهم من أم وهو خال من أب صحت من تسعين . ابن وبنت ابن حمة من أم البنت مي بنت هم من أم ولهم هو خال من أب . ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من أب والخالان عمان من أم هي من ثمانية عشر

(مسئلة) (فإن اتفق معهم أحد الزوجين أعطيت فرضه غير محجوب ولا معاول)

قال شيخنا لا أعلم خلافا من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل ميراثه من غير حجب ولا معارلة لأن الله سبحانه فرض للزوج والزوجة ونص عليهما فلا يجبان بدوي الأرقام وهم غير منصرف عليهم وقسمت المال بينهم كما لو انفردوا

وروي ذلك عن إمامنا وبه قال أبو عبيد ومحمد بن الحسن والذولوي وعامة من ورثهم ويحتمل أن يقسم الباقي عن فرض الزوج كما يقسم بين من أدلوا به مع أحد الزوجين على الحجب والعول فيفرضي

ولما آثم أما ينتسبون اليه بقرابة الام فلم يعقلوا عنه، ولم يثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات، فاما ان اعتق ابن للملاعة عبد آثم مات المولى وخلف ام مولاة وأخا مولاة احتمل أن يثبت لهما الارث بالولاة. لان التعصيب ثابت، وحكي ذلك عن أبي يوسف وهل يكون للام أو للاخ؟ على الروايتين، وبمحتمل أن لا يثبت لهما ميراث لان النساء لا يرثن من الولاة. الا من اعتق أو اعتق من اعتق فكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للاحتمال الاول يعطل بالاخوات مع البنات وبمن عصبن أخوهن من الافان

(فصل في ميراث ابن ابن الملاعة اذا خلف أمه وأم أبيه وهي الملاعة فلا ممة الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي، وعلى الرواية الاخرى الباقي لام أبيه لانها عصبه أبيه وهذا قول ابن مسعود. وبما بها فيقال جدة ورثت مع أم أكبر منها، وان خلف جدتيه فالل مال بينهما بالفرض والرد على قول علي، وفي قول ابن مسعود السدس بينهما فرضا وباقي المال لام أبيه: أم ام وخال أب لام الام السدس، وفي الباقي القولان (أحدهما) انه لها بالرد (والثاني) لخال الاب، وفي قول علي الكل للجدة: خال وعم وخال أب وابو أم أب المال للعم لانه ابو الملاعة فان لم يكن عم فلا يبي أم الاب لانه ابرها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن لخال لانه ذو رحمه: بنت وعم البنت النصف والباقي للعم، وفي قول علي الكل للبنت لانه يقدم الرد على توريث عصبه أمه: بنت وأم وخال المال بين البنت والام.

لزوج سهمه كاملا من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم وهذا قول يحيى بن آدم وضار: وانما يقع الخلاف في مثلة فيها من يدلي بذوي فرض ومن يدلي بعصبه فاما ان أدلى جميعهم بذوي فرض أو عصبه فلا خلاف فيه، فنقول في زوج وبنت بنت وبنت أخت لا يوين أو لاب للزوج النصف والباقي بينهما نصفين ونصح من أربعة على القول الاول وعلى الثاني من ستة للزوج ثلاثة ولبنت البنت سهمان ولبنت الاخت سهم زوجة وابنتا ابنتين وابنتا اخنتين للزوجة الربع ولبنتي البنيتين ثلثا الباقي وهو النصف ولبنتي الاخنتين الباقي وهو الربع ونصح من ثمانية، وعلى قول يحيى وضار تفرض الممثلة من ثمانية للزوجة الثمن وللبنتين الثلثان وليس لها ثلثان فتضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين للزوجة الثمن ولبنتي البنيتين الثلثان ستة عشر والباقي لبنتي الاخنتين وهو خمسة، ثم تعطي الزوجة الربع وتقسم الباقي على أحد وعشرين للبنتين ستة عشر ولبنتي الاخنتين خمسة، والاحد وعشرون ثلاثة أرباع فكلها بان تزيد عليها ثلثا تكن ثمانية وعشرين للزوجة سبعة وللبنتين ستة عشر يبقى خمسة لا تنقسم على بنتي الاخنتين فتضربها في اثنين تكن ستة وخمسين ومنها نصح. زوج وبنت بنت وخاله وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوي الارحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وخاله سهم ويبقى لبنت العم سهمان ونصح من اثني عشر، وفي قول يحيى وضار تفرض الممثلة من اثني عشر للزوج ثلاثة وثلثا ولبنت ستة وللأم سهمان يبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف ويجمع سهام الباقي وهي تسعة لهم النصف فنصح من ثمانية عشر، فان تثن مكان زوج امرأة فعلى القول الاول للمرأة الربع والباقي بين ذوي

على أربعة بالفرض والرد ولا شيء فلخال لانه ليس بعصبة الملائنة، ولو كان بدل الخال خال أب كان الباقي له لانه عصبة الملائنة، فأما ابن ابن ابن الملائنة فإذا خلف عنه وعم أبيه فالخال لعمه لانه عصبة وهذا ينبغي أن يكون إجماعاً، وقد قال بعض الناس يحتمل أن يكون عم الأب أولى لانه ابن الملائنة وهذا غلط بين لان العصبية إنما يعتبر أقربهم من الميت لا من آباءه، وإن خلف ثلاث جدات متعاضيات فاسدس بينهما والباقي رد عليهن في إحدى الروايتين وهو قول علي . وفي الثانية لام أبي أبيه وهو قول ابن مسعود، وإن خلف أمه وجدته وأبيه فلامه الثالث ولا شيء لجدته، وفي الباقي روايتان أحدهما يرد على الأم (والثانية) لجدته أبيه، وإن خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالخال لجدته فان لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه، وأما ولد بنت الملائنة فليست الملائنة عصبة لهم في قول الجميع لان لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملائنة، ولو اعتقت بنت الملائنة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلف أم مولاته ورثت مال المولى لأنها عصبة لبنتها والبنت عصبة لمولاهما في أحد الوجهين وقد ذكرناهما في ابن الملائنة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع الأدكر ما كالحكم في ولد الملائنة على ما ذكرنا من الأقوال والاختلاف إلا أن الحسن بن صالح قال : عصبة ولد الزنا حائر المسلمين لان أمه ليست فراشا بخلاف ولد الملائنة والجمهور على النسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا أن ولد الملائنة يلحق بالأم إذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق بالزاني في قول الجمهور، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطي إذا قيم عليه الحد وبرئ، وقال إبراهيم بلحقه إذا جلد أو دملح الموطوءة، وقال أشعق بلحقه، وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروى علي بن عامر عن أبي خنيفة أنه قال لا أرى

الأرحام على ستة وهي توافق باقي مسألة الزوجة بثلاث فتردها إلى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية للمرأة - هان ولدت البنت نصف البقي ثلاثة وللخاله سهم وابنت العم سهمان، وعلى قول يحيى تفرضها من أربعة وعشرين لذوي الأرحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولهم ثلاثة توافق سهاهم بثلاث فتضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح امرأة وثلاث بنات ثلاث أخوة مفترقين. امرأة وبنت بنت وثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات

(مسألة) (ولا يعزل من مسائل ذوي الأرحام إلا مسألة واحدة وشبهها)

ومى خلة أو غيرها ممن يقوم مقام الأم أو الجدة وست بنات ست أخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ المال بالفرض قلها من ستة للخاله السدس ولبنتي الأخيتين من الأم اثنتان ولبنتي الأخيتين من الأبوين اثنتان أربعة تعزل إلى سبعة لان العزل زائد على هذا لا يكون إلا لأحد الزوجين وليس ذلك في ذوي الأرحام

(المغني والشرح الكبير)

(١٧)

(الجزء السابع)

بأسا إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع أهلها ويسترع عليها والولد ولد له وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه وإنما الخلاف فيها إذا ولد على غير فراش ولنا قول النبي ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بهل كما لو كانت أمه فراشا أو كما لو لم يجلد الحبد عند من اعتبره

﴿مسئلة﴾ قال (والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه)

لا نعلم خلافا في أن العبد لا يرث إلا ما روي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشتري من ماله ثم يعتق فيرث وقاله الحسن وحكي عن طاوس أن العبد يرث ويكون ما ورثه لسيده ككسبه وكما لو روى له ولأنه تصح الوصية له فيرث كاللحل ولنا أن فيه نقصا من كونه مودونا فنعم كونه وارثا كالمرتد ويفارق الوصية فإنها تصح لمولاه ولا ميراث له وقيامهم ينتقض بمختلفي الدين . وقول ابن مسعود لا يصح لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه ككثير الأقارب وذلك لأن الميراث صار لأهل به الموت فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم . وأجمعوا على أن المملوك لا يرث وذلك لأنه لا مال له فيورث فانه لا يملك ، ومن قال أنه يملك بالأملاك فذاك ناقص فيه مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته بديل قوله عليه السلام «من باع عبدا وله

(باب ميراث الحمل)

﴿إذا مات عن حمل يرثه وطالب بنية الورثة بالنسبة وقتت له نصيب ذكرين ان كان نصيبهما أكثر وإلا وقتت له نصيب ابنتين﴾

وجملة ذلك أن الانسان اذا مات عن حمل يرثه وطالب الاصل حتى يتبين فان طالب الورثة بالنسبة لم يعطوا كل المال بغير خلاف بين العلماء إلا ما حكي عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة . ولكن يدفع إلى من لا ينتصه كال ميراثه وإلى من ينتصه أقل ميراثه ولا تدفع إلى من يسقطه شيئا ، فأما من يشركه فأكثر أهل الحل قالوا يوقف الحمل شيء ويدفع إلى شركائه البقي . وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والقيث وشريك وبجي بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء . لأن الحمل لأحد له ولا نعلم كم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل البصرة قال كان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت لابن شيئا كالكرش فظن أن لا ولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحى بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه صبغة أولاد ذكور وعاشوا جميعا وكانوا خلفا سويا إلا أنه كان في أعضادهم تمر قال وصارعتي أحدم فصرعتني فكنت أعير به فيقال صرعتك سبع رجل

مال فانه لبائع الا أن يشترطه المبتاع ، ولأن السيد احق بمناعه وأكسابه في حياته فكذلك بعد مماته
ومن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يورث ولا يحجب علي وزيد وبه قال الثوري ومالك والشافعي
وإسحاق رضي الله عنه وأصحاب الرأي

(فصل) ويرث الاسير الذي مع الكفار إذا عدت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن
المسيب فإنه قال : لا يرث لانه عبد ، وليس بصحيح لأن الكفار لا يملكون الاحرار بالقهر فهو باق
على حرته فيرث كما يطلق

(فصل) والمدبر وأم الولد كالتن لانهم رقيق بذليل ان النبي ﷺ باع مدبراً . وأم الولد
مملوكة يجرز اسيدها وماؤها بحكم الملك وتزويجها واجارتها وحكمها حكم الامة في جميع أحكامها الا فيما
ينقل الملك فيها أو يراد له كالأهـن

(فصل) فأما المكاتب فإن لم يملك قدر ماعليه فهو عبد لا يرث ولا يورث ، وان ملك قدر ما يؤدي
ففيه روايتان (احدهما) انه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث يروى ذلك عن عمر وزيد بن
ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي رضي الله عنه وأبي ثور ، وعن ابن
المايـب وشريح والزهري ونحوه لما روى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان
النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وفي لفظ ان النبي ﷺ قال « أيما عبد كاتب
على مائة أو قية فأداها الا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على ائنة دينار فأداها الا عشرة دنانير

قال شيخنا وقد أخبرني من اثنى به سنة ثمان وسمائة أو مئة نسع عن زهير بن ربيعة بدمشق أنه قال :
ولدت امرأة في هذه الايام سبية في بطن واحد ذكراً وإناثاً ، قل وكان به مشق أم ولد لبعض
كبرائها فتزوجت بعده من كان يقرأ عليها وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غير الشافعي هذا نادر
لا يعمل عليه فلا يجوز منه الميراث من أجله كما لو لم يظهر بالمرأة حمل .

(فصل) واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فمن أحد أنه يوقف نصيب ذكرين إن كان ميراثهما
أكثر أو نصيب اثنين إن كان أكثر وهذا قول محمد بن الحسن والشافعي وقال شريك يوقف نصيب
أربعة فانه رأيت بني اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى وأظن الرابع
اسماعيل وروى ابن المنذر هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي ، وقال الايث وأبو
يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمير من الورثة

وانما أن ولادة التوأمين كثير معتاد فلم يحجز قسم نصيبهما كل واحد وما زاد عليها نادر فلم يوقف
له شيء . كالخامس والسادس

(مسألة) (فإذا وضع الحمل دعت اليه نصيبه ودعت الباقي إلى مستحقة ، وإن كان يرث الموقوف
كله أخذه ، وإن أعوز شيئاً رجع على من هو في بدء)

فهو عبد « وعن محمد بن المنكدر ومحمد بن عبد الله مولى غفرة وعبد الله بن عبدة ان النبي ﷺ قال لعتاب بن أسيد « من كاتب مكاتباً فهو أحق به حتى يقضي كتابته »
وقال القاضي وأبو الخطاب : إذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وهجز عن الربع عتق لان ذلك يجب إيقاؤه للمكاتب فلا يجوز إيقاؤه على الرق ليجزء عما يجب رده اليه (والرواية الثانية) انه اذا مات ما يؤدي فقد صار حراً يرث ويرث فاذا مات له من يرثه ورث وان مات فليس له بقية كتابته والباقي لورثته لما روى أبو داود بإسناده عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « اذا كان لاحدكم مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه »

وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يطل سيدة من تركته ما بقي من كتابته ، فان فضل شيء كان لورثة المكاتب ، وروي نحوه عن الزهري وبه قال ابن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة غير أن مالك جعل من كان معه في كتابته أحق بمن لم يكن معه . قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لأخيه دون ابنه . وجهه أبو حنيفة عبداً مادام حياً فاذا مات أدى من تركته باقي كتابته والباقي لورثته . وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال على المنبر انكم مكاتبون مكاتبين فأيهم أدى النصف فلارق عليه . وعن علي عليه السلام اذا أدى النصف فهو حر وعن عروة نحوه . وعن الحسن اذا

(مسائل من ذلك) امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن ، وللبنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعة وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين ، ولا يدفع اليها شيء في المشهور عن الشافعي ، فان كان مكان البنت ابن دفع اليه ثلث الباقي أو خمسة أو نصفه على اختلاف الأقوال ، ومتى زادت افروض على ثلث المال فإراث الاناث أكثر ، فاذا خلف أبوين وامرأة حامل فللرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللأبوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر ويستوي هنا قول من وقف نصيب اثنين وقول من وقف بين أربعة وقول أبي يوسف تعطى المرأة ثمناً كاملاً والأبوان ثلثاً كاملاً ويؤخذ منهم ضمين ، فان كان معهم بنت دفع اليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر ، وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ، ويؤخذ من الكل ضمين من البنت لاحتجال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقي لاحتجال أن تقول المسئلة ، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين وبين مائة وعشرين باثلاث ويضرب ثلث احداهما في الاخرى تسكن الفاً وثمانين للبنت ثلاثة عشر في تسعة ، مائة وسبعة عشر ، وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين وما بقي فهو موقوف . زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية ، لازوج ثلاثة ، وللأم سهم ويقف أربعة وقال أبو يوسف ندفع إلى الام سهمين ونقف ثلاثة ونأخذ منها ضمناً ، هكذا حكى عنه الحنبري وإن كان في المسئلة من يسقط بولد الأبوين كعصبة أو أحد من ولد الاب لم يسقط شيئاً ولو كان في هذه المسئلة جد فللزوجة الثلث ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، والباقي موقوف ، وقال

أدى الشطر فهو غريم وعن ابن مسعود وشرح نحوه، وعن ابن مسعود إذا أدى ثلثاً أو ربعاً فهو غريم وعن ابن عباس إذا كتب الصحيفة فهو غريم وعن علي رضي الله عنه قال تجري العتاة في المكاتب في أول نهم . يعني يبتق منه بقدر ما أدى وعنه أنه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى . وقد روى حماد بن سلمة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال « إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما اعتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما اعتق منه » وفي رواية « يودى المكاتب بقدر ما اعتق منه دية الحر وقدر مارق منه دية العبد » قال يحيى بن أبي كثير وكان علي ومروان بن الحكم يقولان ذلك . وقد روى حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلًا والحديث الذي روينا لقولنا أصبح منه ولا أعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا وما ذكرناه أولاً أولى والله أعلم

(مسئلة) قال (ومن بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية)

وجملة ان المعتق بعضه إذا كسب مالا ثم مات وخلفه نظر فيه فإن كان كسبه بجزئه الحر مثل ان كان قد هباً سيده على منفعة فاكسب في أيامه أو ورث شيئاً فإن الميراث إنما يستحقه بجزئه الحر أي كان قد قاسم سيده في حياته فتركت له كل ما تورثه لاحق لما لك باقية فيها وقال قوم جميع ما خلفه بينه

أبو حنيفة : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، ويقف السدس بين الجد والام ولا شيء للحمل لان الجدد يسقطه ، وأبو يوسف يحجبها من سبعة وعشرين ويقف أربعة أسهم . وحكي عن شريك أنه كان يقول تقول على الجدد فيقف هنا نصيب الاناث فتكون عنده من تسعة تقف منها أربعة ولولم يكن فيها زوج كان الام السدس ، وللجد ثلث الباقي ، ويقف عشرة من ثمانية عشر وعند أبي حنيفة للجد الثلثان ، وللأم السدس ، ويقف السدس بينهما ، قول أبي يوسف يقف الثلث ويعطي كل واحد منهما ثلثاً ويؤخذ منها ضمين ، ومتى خلف ورثة وأما تحت الزوج فينبغي للزوج الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا ؟ كذا يروى عن علي وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي وقنادة في آخرين فان وطئها قبل استبرائها فأنتم بولد لأقل من ستة أشهر ورث لانا نعلم أنها كانت حاملاً به وإن ولده لأكثر من ذلك لم يرث إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملاً يوم موت ولدها .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا استهل المولود صار خا ورث وورث وفي مناه المطاس والتفاس

والارتضاع وما يدل على الحياة ، فاما الحركة والاختلاج فلا يدل على الحياة)

وجملة ذلك أن الحمل لا يرث إلا بشرطين (أحدهما) انه كان موجوداً حال الموت ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر فان أثبت به لاكثر من ذلك وكان لها زوج أو سيده يطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت وإن كانت لا توطأ لعدم الزوج أو السيد أو لغيرتهما

وبين سيدة قل ابن البان هذا غلط لان الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة لم يبق له حق في الباقي ولا سئل له على ما كسبه بنصفه الحر كما لو كان بين شريكين فاقسما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه، فلما ان لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اتسما كسبه فلذلك باقية من تركته بتدركه فيه والباقي لورثته، وان مات له من يرثه فانه يرث ويورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال عثمان بن عفان وحزبة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يرث وأحكامه أحكام العبد، وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما في القديم بعلا ماله للمالك باقية قل ابن البان هذا غلط لانه ليس للمالك باقية على ما عتق منه ملك ولا رلا ولا هو ذو رحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي رضي الله عنه القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزئه الحر وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزئه الحر لورثته ولا يرث هو من مات شيئا وبه قال طائفة وعمر بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في ورثته والارث منه وغيرها وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد والقرظي ويحيى بن آدم وداود وقال أبو حنيفة ان كان الذي يعتق اسعة العبد فله من تركته سعايته وله نصف ولا يرث ان كان أغرم الشريك فولأؤه كله للذي اعتق بعضه

أو اجتنابها الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث مالم يجاوز أكثر مدة الحمل وهي أربع سنين في إحدى الروايتين، وفي الأخرى سنتان (الشرط الثاني) أن تضعه حياً فان وضعه ميتاً لم يرث في قول الجميع. واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة فاتفقوا على أنه اذا استهل صارخاً ورث وورث، لما روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا استهل المولود ورث، وروى ابن ماجه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله، واختلفوا فيما سوى الاستهلال فقاتل مائة لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو؟ فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل صارخاً، والمشهور عن أحمد أنه لا يرث حتى يستهل، وروي ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى ابن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد واسحاق لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام «إذا استهل المولود ورث» أنه لا يرث بغير الاستهلال، وفي لفظ ذكره ابن سراقه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الصبي المنفوس «إذا وقع صارخاً فاستهل ورث وتمت ديتة وسمي وصلي عليه وأن وقع حياً ولم يستهل صارخاً لم تمت ديتة وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة» وانما سمي الصراخ من الصبي استهلالاً تجوزاً، والاصل فيه أن الناس اذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا فأراه بعضهم بعضاً فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالاً

ولنا ما روى عبدالله بن احمد حدثنا الرمي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه ويرث ويورث على قدر ما اعتق منه ، ولأننا يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياسا لأحدهما على الآخر ، إذا ثبت هذا فالنفير على قولنا لأن العمل على غيره واضح . وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه ، وإن كان عصبه نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطى بقدر ما فيه منها ، وإن كانا عصبين لا يحجب أحدهما الآخر كابنتين نصفهما حرقة ، وجهان (أحدهما) تكل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى مافي الآخر منها فإن كل منهما واحد ورثا جميع ميراث ابن حر لأن نصفه شيء ، شيء كامل ، ثم قسم ما ورثاه بينهما على قدر مافي كل واحد منهما فإذا كان ثلث أحدهما حرأ وثلث الآخر حرأ كان ما ورثاه بينهما اثلاثا وإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر . كامل ورثا بقدر ما فيهما ، وإن زاد على حر واحد وكان الجزءان فيهما سوا . قسم ما ورثاه بينهما بالضرورة ، وإن اختلفا أعطى كل واحد منهما بقدر ما فيه قال الخبري قال الاكثر من هذا قياس قول علي رضي الله عنه ، ولوجه الآخر لا تكل الحرية فيهما لأنهما لو كملت لم يظهر الفرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين ، وإن كان أحدهما يحجب الآخر فقد قيل فيهما وجهان أيضا والصحيح أن الحرية لا تكل ههنا لأن الشيء لا يكل بما يستطاع ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثه بعضهم بالخطاب وتنزيل الاحوال وحجب بعضهم بهرض على مثل تنزيل الخطاب وقال ابو يوسف

لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به . وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال : يرث السقط ويورث إذا استهل ، فقيل له ما الاستهلال ؟ قال إذا صاح أو عطس أو بكى ، فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال ، وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لأنه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ ، وعن أحمد رواية ثالثة إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث . وثبت له أحكام الحياة وبهذا قال الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، فاما الحركة والاختلاج فلا تدل على الحياة ، فإن اللحم يحتاج إذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك وإن لم تكن فيه حياة ، ثم إن كانت فيه حياة فلا يه لم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فإن الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت .

(مسألة) (وإن خرج بعضه فاستهل ثم انفصل ميتا لم يرث)

وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه إن خرج أكثره فاستهل ثم مات وورث ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا استهل المولود ورث »

ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره ، وعنه يرث الحديث المذكور ولأنه قد علمت حياته ، والاولى ظاهر المذهب لأنه لم يثبت له أحكام الدنيا وهو حي أشبه ما لو مات في بطن أمه

بعضه ، ومساثل ذلك ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجبين وفي الآخر لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال إن لم تكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال لأنهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الأكبر وحده حرأ كان له المال ولا شيء للأصغر ولو كان الأصغر وحده حرأ كان له كذلك. ولكل واحد منهما في الأربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فإن كلف معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الأول ينقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة للباهلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية

وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين صاحبي النصفين نصفين، وعلى تنزيل الأحوال يحتمل أن يكون لكل واحد من نصفه حر سدس المال وثمنه ولئن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو ثلث المال ونصف سدسه لأن لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فتعطيه ثمن ذلك وهو سدس وثمن ويعطى من ثلثه حر ثلثيه وهو ثبع ونصف سدس : إن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الأول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي لحر فيكون لحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع، ولو نزلتما بالاحوال أنصفي إلى هذا لأن لحر المال في حال ونصفه في حال فله نصفهما وهو ثلاثة أرباع وللآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ، ولو

(مسألة) () وإن ولدت توأمين فاستهل أحدهما واشكل، أفرع بينهما، فمن خرج سهمه فهو المستهل (إذا أشكل أحد التوأمين أيها المستهل ، فإن كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكر وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما ، وإن كان ذكرأ وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي من أصحابنا من قال يفرع بينهما فمن خرجت له الفرعة فهو المستهل كما لو طلق إحدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات، وكذلك النعومة إذا أراد السفر بإحدهما أو البداية بالقسم لها فإنه يفرع بينهما ، وقال الحبري ليس في هذا من السقف نص ، وقال الفرضيون تعمل المسئلة على الحائز ، سطر كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال .

ومن مسائل ذلك رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملات منه فولدت توأمين ذكرأ وأنثى فاستهل أحدهما ولم يلم بينه . فقل إن كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لعمه لما ضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر ، لام الميت ثلاثة ، ولأم الولد خمسة ، وللم عشرة ، وإن كانت البنت المستهل فالمسئلة من ستة وموت البنت عن ثلاثة ، لأنها سهم ، ولعمها سهمان والستة تدخل في ثمانية عشر ، فمن له شيء من ثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من ستة مضروب في ثلاثة فنقسم الام لا يتجزأ ، ولهم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد ، فهذا اليقين فيأخذ ، ولأم الولد خمسة في جهم ، وسهم في ثلاثة ، فيأخذها ويتقرب سهمين بين الأخ

خاطبتهما لقات لحر لك المال لو كان أخوك رقيقاً ونصفه لو كان حرّاً فقد حجبتك بحريته عن النصف فنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع ويقال للآخر لك النصف لو كنت حرّاً فإذا كان نصفك حرّاً فلك نصفه وهو الربع، ابن ثلثه حر وابن ثلثه حر على الأول المال بينهما أثلاثاً وعلى الثاني الثلث بينهما وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل اثنتان بينهما أثلاثاً وبالحطاب تقول لمن ثلثاه حر لو كنت وحدك حرّاً كان للمال لك ولو كنتما حربين كان لك النصف فقد حجبتك بحريته عن النصف فبثاها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حرّاً فلك بثلثي حريته خمسة أنصاف، ويقال للآخر يحجبك أخوك بثلثي حريته عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فلك بثلث خريتهم ثلث ذلك وهو التسمان ويبقى التسعان للعصبة إن كان أوذي رحم فان لم يكن ففي بيت المال: ابن حر وبنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال ولبنت سدسه في الحطاب والتنزيل جميعاً ومن جمع الحرية أففى قوله إلى أن له أربعة أخماس المال ولها الخمس فان كانت بنت حرة وابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيما جعل المال بينهما نصفين ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فنجمع الحرية ثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة. وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتنزيل والاحوال قال للابن المال في حال وثلاثه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس ولبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة وان شئت قلت ان قدرناهما

وأم الولد حتى يصطاحا عليهما، ويحتمل أن يقسم بينهما. امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فاستلثان من أربعة وعشرين إذا أعطيت كل واحد أقل نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة فان كان معهما بنت فشكل واحدة من المستلثين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر. امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فان كان المستهل الاخ فهي من ستة وثلاثين فان كانت الاخت فهي من ثلاثة عشر، والمستلثان متباينتان فاضرب احدهما في الاخرى تكن أربعائة وعمانية وستين وكل من له شيء من احدى المستلثين مضروب في الاخرى فيدفع إلى كل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم، وخمسة بين الام والعم، فان كانت المرأة والام حاملين فوضعتا معاً فاستهل أحدهما فشكل واحدة منهما ترجع إلى ستة وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر سهماً، أربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والعم (فصل) اذا ولدت الحامل توأمين قسم الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدروا من الاول أو من الثاني؟ فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه، لان الاصل عدم استهلاله فعلى هذا الاحتمال ان علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وان جهل كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه، وقال الفرزيون تعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي

حرين فهي من ثلاثة ولست قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وان قدرنا الابن وحده حراً فلما له وان قدرناهما رقيقين قلنا للعصبة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحول تكن أربعة وعشرين فللابن المال في حال ستة وثلاثاء في حال أربعة صار له عشرة ولقبنت النصف في حال والثالث في حال خمسة وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فان لم تكن عصبة جعلت لبنت في حال حريتها المال كله بالفرض والزاد فيكون لها مال وثالث فتجعل لها ربيع ذلك وهو الثلث ، فان كان معها امرأة وأم حرتان كالت الحرية فيهما فحجبا الام إلى السدس والمرأة إلى الثمن لان كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فاذا اجتمعا اجتمع الحجب ومن ورت بالأحوال والتنزيل قال للام السدس في ثلاثة أحوال والثالث في حال فلها ربيع ذلك وهو سدس وثالث وعن المرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربيع ذلك وهو الثمن وربع الثمن والابن الباقي في حال وثلاثاء في حال فله ربيع ، ولبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربيع ، وان لم يكن في المسئلة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللأم سبعة مكان السدس ونصح المسئلة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين وثمانية وثمانين سبهما للام منها ستون وللرأة خمسة وأربعون وللان خمسة وثمانون وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة ، وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيجعل لهما ثلاثة ربيع الباقي

من مسائل ذلك أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهات احدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدرا أهل استهات الاخرى أو تكرره من واحدة؟ قل إن كان منها جميعاً فقد ماتتا عن أربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتاً فحكهما حكم الترقى فن ذهب إلى أنه لا تراث احدهما من الاخرى قال قد خلفا أما وأختاً وعماً فتصح من ثمانية عشر وان كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالسدس فتصير من ستة وثلاثين للام اثنا عشر وللأخت كذلك وللم تسعة وتقف ثلاثة تدعي الأم منها سهمين والعم سهماً وتدعيها الأخت كلها فيسكون سهمان بينهما وبين الام وسهم بينهما وبين العم زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبناتاً فاستهل أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدري من هو؟ فان كان الاستهلال تكرار من البنت فهي الاكدرية وماتت عن أربعة بين أمها وجدها فتصح من أحد وثمانين وان تكرر من الاخ لم يرث شيئاً والمسئلة من ستة للجد منها سهم وان كان منها فللأم السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لهما بين الجد والام على ثلاثة فصار للام أربعة وللجد خمسة والثمانية عشر يتوافق أحداً وثمانين بالانواع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الاكدرية أربعة وخمسون وللأم تسعة المال من مسئلة استهلالهما مع ستة وثلاثون وللجد السدس من مسئلة استهلال الاخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة وأربعون يدعي منها الزوج سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعي منها

اثنا عشر وهي السدس واللام ستة وهي نصف السدس ولا تتغير سهامهم وإنما صارت منسوبة إلى اثنين وسبعين وإن كان ربع كل واحد منهم حرأ زدت على الستة مثلاً وقيل فيما إذا كان نصف كل واحد منهم حرأ للام الثمن وللأب الربع وللأب النصف، ابن نصفه حر وأم حرة للام الربع وللأب النصف وقيل له ثلاثة أثمان وهو نصف ما يبقى فإن كان بدل الأم اختا حرة فلها النصف وقيل لها نصف الباقي لأن الأب يجزئها بنصفه عن نصف فرضها فإن كان نصفها حرأ فلها الثمن على هذا القول وعلى الأول لها الربع وإن كان مع الابن أخت من أم أو أخ من أم فأكل واحد منهما نصف السدس وإن كان معه عصبة حر فله الباقي كله .

(فصل) ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما في قول الجميع الا الشوري قال لابن الابن الربع لانه محبوب بنصف الابن عن الربع فإن كان نصف الثاني حرأ فله الربع فإن كان معهما ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للأب النصف والثاني النصف ولان فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان لاشي. الثاني والثالث لان ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فإن كان معهم أخ حرأ أو غيره من العصباء فله الباقي وإن كان نصفه حرأ فله نصف ما بقي إلا على القولين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر وأخ ثلاثة أرباعه حر للأب النصف والثاني ثلث الباقي وهو السدس والآخر ثلاثة أرباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر الابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للآخر ثلاثة أخوة

فلها من العشرة سبعة ونصف وللجد اثنان ونصف وإن ولدت ذكراً وأتى أخذ الجدة من العشرة سهماً ولذا كرسنة والاني ثلاثة وإن ولدت أتنى أخذ الجدة من العشرة ثلاثة والاشي أربعة وللأم ثلاثة وإن ولدت ذكراً أخذت الأم ثلاثة وأخذ الجدة سهماً والآخر ما بقي وإن لم تلد شيئاً أخذت الأم ثلاثة والجدة ما بقي وإن كان معهم زوج فهي من ستة للزوج ثلاثة وللأم سهم وللجد سهم وبوقف سهم وإن ولدت ذكراً فالسهم لهما وتصح من اثني عشر وكذا إن ولدت ابنتين وإن ولدت ذكراً فالسهم للام وتصح من ستة وإن ولدت أتنى فهي الاكدرية وإن ولدت ذكراً وأتنى فالسهم الباقي بينهما على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر وإن لم تلد شيئاً أخذت الأم السهم

باب ميراث المفقود

وهو نوطان أحدهما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كالتاجر والسائح وطالب العلم ولم يعلم خبره ففيه روايتان أحدهما ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد وهذا قول عبد الملك ابن الماجشون لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا والرواية الثانية لا يقسم ماله ولا تزوج امرأته حتى يعلم موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش فيها مثلاً وذلك مردود إلى اجتهد الحاكم وهذا قول الشافعي ومحمد

مفترقين نصف كل واحد حر إلا من الأم نصف السدس وللأخ من الأبوين نصف الباقي وللأخ من الأب نصف الباقي وتضع من ثمانية وأربعين للأخ من الأم أربعة وللأخ من الأبوين اثنان وعشرون وللأخ من الأب أحد عشر وعلى القول الآخر الأخ من الأم نصف السدس وللأخ من الأبوين النصف وللأخ من الأب ما بقي فإن كان معهم بنت حرة فلها نصف ولا شيء للأخ من الأم وللأخ من الأبوين أربع وللأخ من الأب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للأخ من الأبوين وحده فإن كان نصف البنت حراً فلها الربع وللأخ من الأم ربع السدس وللأخ من الأبوين نصف الباقي وللأخ من الأب نصف الباقي (فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة فإن لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقي لقوي الرحم فإن لم يكن فليت المال فإن كان معها أم حرة فلها الربع لأن البنت الحرة تجبها عن السدس فنصفها يجبها عن نصفه وإن كان معها امرأة فلها الثمن ونصف الثمن وإن كان معها أخ من أم فلها نصف السدس وإن كان معها بنت ابن فلها الثلث لأنها لو كانت كلها أمة لكان لبنت الابن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد جبرها حرية عنها الثلث فنصفها يجبها عن السدس وكل من ذكرنا إذا كان نصفه حراً فلها نصف ماله في الحرية وإن كان حراً له شيء وإن كان معها بنت أخرى حرة فلها ربع المال وبشيء بينهما على ثلاثة عند من جهم الحرية فيهما لأن لهما بحرية نصفاً ونصف حرية نصف كمال اثنين وفي الخطاب والتنزيل للحرية ربع وسدس وللأخرى سدس لأن نصف

بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأصل حياته والتقدير لا يضاف إليه إلا بالتوفيق ولا توفيق هنا فوجب التوقف عنه وقال عبد الله بن الحكم لينظر به تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد ولله محتج بقول أبي حنيفة عليه السلام «أعمار أمتي ما بين السنين والسبعين» أو كما قال ولأن الغالب أن لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه التسمين وقال الحسن بن زياد ينظر له بمائة وعشرين سنة هو قول ابن عقيل فلو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم حتى تمضي عليه ستون سنة أخرى يقسم ماله حينئذ بين ورثته إن كانوا أحياء وإن مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف رثة لم يكن له شيء من مال المفقود وكان ماله للإحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه ذي مات في مدة الانتظار فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف إلى ورثة موروث المفقود لم يكن لورثة المفقود قال اللؤلؤي وهذا قول أبي يوسف وحكى الحبري عن اللؤلؤي أنه قال وهو صحيح عندي والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن البان عن اللؤلؤي فقال لو ماتت امرأة المفقود لتمام مائة وعشرين سنة يوم أو بعد فقده يوم أو تمت مائة وعشرون سنة لم يورث منه شيء ولم يرث منها لولا أن نعلم أيهما مات أولاً وهذا قياس قول من قال في الفرقى إنه لا يرث أحد من أحبه ويرث كل واحد من الأحياء من ورثته قال القاضي هذا قياس قول أحمد واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الإحياء من ورثته يوم قسم ماله لا من مات قبل ذلك ولو يوم، واختلفوا في

أحدهما يجب الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحرة تمجبتها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فإن كان نصفها رقيقاً ومعمماً عصبة فلها ربع المال وسدسه بينهما لأنهما لو كانتا حرتين كان لهما اثنتان. ولو كانت الكبرى وحدها حرة كانت لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا اثنتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلها ربع ذلك وهو ربع وسدس وطريقها بإسقاط إن تقول ولو كانتا حرتين فالمسئلة من ثلاثة وإن كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنتين وكذلك إذا كانت الصغرى وحدها حرة، وإن كانتا اثنتين فهي من سهم فتضرب اثنتين في ثلاثة تكن ستة ثم الكبرى نصف المال في حال الثلاثة وثلاثة في حال سهمان في الأحوال الأربعة تكن أربعة وعشرين صار لها خمسة من أربعة وعشرين وللأخرى مثل ذلك وللعصبة المال في حال والنصف في حالين واثالث في حال ذلك أربعة عشر سهماً من أربعة وعشرين ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة وإذا لم يكن عصبة نزاتهما على تقدير الرد فيكون حكمهما حكم اثنتين نصف كل واحد منهما حر على ما لئله ثلاث بنات ابن متنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة الأولى الربع والثانية السدس لأنها لو كانت حرة كان لها الثلث والثالثة نصف السدس على قول البصريين لأنك تقول للسفلى لو كانتا اثنتين كان لك النصف ولو كانت إحدهما حرة كان لك السدس فينبغي لثالث فتعجبك العليا عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فإذا كان نصفك حراً كان لك نصفه، وفي التغزيل لثلاثة نصف الثمن وثلث وذلك لأننا لو نزلنا كل واحدة حرة وحدها كان

من مات وفي ورثته مفقود فذهب أحمد وأكثر الفقهاء أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره أو تمضي مدة الانتظار فتعمل المسئلة على أنه حي ثم على أنه ميت وتضرب إحداهما في الأخرى إن تباينا أو في وفقها إن اتفقتا ونجزي بأحدهما إن تباينا وبأكثرهما إن تساونا وتعطى كل واحد أقل النصيبين ومن لا يرث إلا من إحداهما لا تعطيه شيئاً وتوقف الباقي (التوضيح الثاني) أن يكون الغائب من حاله المهلاك كالذي يفقد من بين أهله كمن يخرج إلى الصلاة أو في حاجة قريبة فلا يعود أو في مفازة مهلكة كالخجاز أو بين الصفين حال الحرب أو في البحر إذا غرقت سفينته ولا يعلم له خبر فهذا ينتظر به أربع سنين لأنها أكثر مدة الحمل فانه لم يظهر له خبر قسم ماله واجتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للأزواج نص عليه أحمد وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين لأنه الوقت الذي يباح لأمرأته التزوج فيه والأول أصح لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة فإذا حكم بوفاة فلا وجه للوقوف عن قسم ماله وقد روي عن أحمد رحمه الله التوقف عن أمره وقال قد هبت الجواب فيها وكأني أخب السلامة والمذهب الأول ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا إلا أن مالسكا والشافعي في القديم وافقا في الزوجة أنها تزوج خاصة والظاهر من مذهبه مثل قول الباقيين

لها النصف فهذه ثلاثة أحوال من ابنتين ثنتين ولو كن إماماً كان المال للمعصية ولو كن أحراراً كان للاولى النصف ولثانية السدس والثالث للمعصية ولو كانت الاولى ولثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية وثالثة حرتين فلهذه النصف ولثالثة السدس والثالث للمعصية فهذا أربعة أحوال من ستة سنة والمسائل كلها تدخل فيها فتعصر بها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للمعصية النصف في أربعة أحوال اثنا عشر وهي الربع ولثانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس ولثالثة النصف في حال والسدس في حالين وهو خمسة وهي نصف الثمن وثلاثة وقال قوم نجمع الحرية فيبين فيكون فيبين حرية ونصف لمن بها ثلث وربع للاولى ولثانية ريمان ولثالثة نصف سدس فان كان معين رابعة كان لها سدس ونصف آخر، ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وهم لاتي من قبل الابوين الربع ولاتي من قبل الاب السدس ولاتي من قبل الأم نصف السدس، واللام اثنت لانها لا تنجب الا باثنين من الاخوة والاخوات ولم تكن الحرية في اثنين ولهم ما بقي وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة للام اثنت لما ذكرناه، وقال الحنابلة للام الربع وحجبها بالجزء كما تنجب بنصف البنت والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق في الولد والجزء من الولد، وفي الاخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منهما ولذلك لم تنجب بالواحد من شيء أصلاً وهذا قول ابن المياز وحكي القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط وفي الباب اختلاف كثير وفروع قل ما تنفق وقل ما تنجب مسألة الا ويمكن عملها بتباس ما ذكرناه

فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك في النوع الاول لانه مفقود لا يتحقق موته أشبه التاجر والسائح ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما نذكره في العدد ان شاء الله تعالى وإذا ثبت ذلك في التسكاح مع الاحتياط للإبضاع ففي المال أولى ولان الظاهر هلاكه فأشبهه ماله ومضت مدة لا يعيش في مثلها .

(مسألة) (وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاة وقف للمفقود نصيبه من ميراثه ودفع الى كل وارث اليقين فان كان حياً أخذ ميراثه ورد انقض الى اهله وان علم انه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله الى ورثته وان علم انه كان ميتاً حين موت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضاً الى ورثة الاول لانه مفقود في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنيين الذي سقط ميتاً هذا الذي ذكره شيخنا في المغني وذكر في هذا الكتاب المشروح وفي الكافي انه يقسم على ورثة المفقود لانه محكوم بحياته نسل هذا يكون في المسئلة روايتان وان علمنا ان المفقود مات ولم ندر متى مات رد الموقوف له الى ورثة الاول لانه مفقود في حياته فلا نورثه مع الشك واتفق الفقهاء على انه لا يرث المفقود إلا الاحياء من ورثته وقد مضى ذكره

(مسئلة) قال (وإذا مات وخلف ابنتين فأقر أحدهما بأخ فله ثلث ما في يده وإن أقر باخت فلها خمس ما في يده)

قد ذكرنا في باب الاقرار من يثبت النسب بقوله ومن لا يثبت ونذكر هنا ما يستحق المقر به من الميراث إذا لم يثبت نسبه فتقول إذا أقر بهض الورثة لشارك في الميراث فلم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده عن ميراثه وهذا قول مالك والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيم وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة ، وقال النخعي وحماد وأبو حنيفة وأصحابه يقاسمه ما في يده لأنه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أبنا وكان مأخذه المذكر تلف أو أخذه بد عادية فيستوي في ما بقي ، وقال الشافعي رضي الله عنه وداود لا يلزمه في الظاهر دفع شيء اليه وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أصحابهما لا يلزمه لأنه لا يرث من لا يثبت نسبه وعلى قول القوي يلزمه دفع شيء اليه ففي قدره وجهان كالمذهبين المتقدمين .

ولنا على الشافعي رضي الله عنه أنه أقر بحق لمدعية يمكن صدقه فيه وبند المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فيلزمه ذلك كما لو أقر بمعين ولأنه إذا علم أن هذا أخوه فله ثلث التركة ويتعين استحقاقه لها وفي يده بمضه وصاحبه يطلبه فلزمه دفعه اليه وحرم عليه منعه منه كافي سائر المواضع وعدم ثبوت نسبه في

(مسئلة) (ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيبه فيقتسموه)

اختاره ابن اللبان لأنه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوني وقال لا فائدة في أن ينقص بهض الورثة هما يستحقه في مسئلة الحياة وهي متيقنة ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل إن جاز ذلك فالاولى أن تقسم المسئلة على تقدير الحياة ويقف نصيب المفقود لا غير قال شيخنا والاول أصح إن شاء الله تعالى فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه ويقين الحياة متعارض بظهور الموت فينبغي أن يوقف كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال فعلى هذا يجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لأنه لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه كذلك ولأن تجوز أخذ الانسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه وظاهر قول الوني هذا أنه يقسم المسئلة على أنه حي ويقف نصيب المفقود لا غير وقال بعض أصحاب الشافعي يقسم المال على الموجودين لأنهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يورث ، ثم الشك وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنته وابن ابن أبوه مفقود والمال في أيدي البنيتين فاحتصموا الى القاضي : فانه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً سواء اعترف البنيتان بفقده أو ادعى موته وإن كان المال في يد ابن المفقود لم تعط الابنتين الا النصف . أقل ما يكون لهما فإن كان المال في يد أجنبي فأقر بأن الابن

الظاهر لا يمنع وجوب دفعه اليه كالأقر غصبه شيئاً ولم تقم البيضة بنصب
ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كالأقر له بشيء
معين ولأنه حق يتعلق بمحل مشترك باقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كالأقر أحد
الشريكين على العبد بجنابة فعلى هذا إذا خالف ابنين فأقر أحدهما باخ نلفقر له ثلث مافي يده المقر وهو
سدس المال لأنه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا اثلاث وفي يدي النصف ففضل في يدي ثلث السدس
فيدفعه اليه وهو ثلث مافي يده ، وفي قول أبي حنيفة يدفع اليه نصف مافي يده وهو الربع ، وإن أقر
بأخت دفع اليها خمس مافي يده لأنه يقول نحن اخوان وأخت فللك الخمس من جميع المال وهو خمس مافي
يدي وخمس مافي يد أخي فيدفع اليها خمس مافي يده وفي قولهم يدفع اليها ثلث مافي يده

(فصل) وإن أقر جميع الورثة بوارث أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه ثبت نسبه سواء كان
الورثة واحداً أو جماعة وبهذا قال النخعي والشافعي رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة ومالك وابن أبي
لبلى والحسن بن صالح لا يثبت نسبه ، والمشهور عن أبي يوسف أنه لا يثبت النسب إلا باقرار ابنين
ذكرين كانا أو اثني عشر عدلين أو غير عدلين ونحوه عن مالك ، وروى ابن القبان قال أشعث بن
سوار عن رجل من أهل المدينة قال جاء رجل وأخته إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومعهما صبي
فقالا هذا اخونا فقال لألحق بأبيكما من لم يقر به

مفقود وقف له النصف على يديه وإن قال قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين إلى البنيتين وبوقف الثالث
إلا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الأول

مسائل ذلك زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسألة الموت من سبعة وعشرين لأنها الأكودية
ومسألة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالانساع فتضرب تسع أحدهما في الأخرى تكن أربعة
وخمسين للزوج النصف من مسألة الحياة والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث وللأم التسعان من
مسألة الموت والسدس من مسألة الحياة فتعطى السدس وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت وتسعة
من مسألة الحياة فيأخذ التسعة وللأخت ثمانية من مسألة الموت وثلاثة من مسألة الحياة فتأخذ ثلاثة
ويبقى خمسة عشر موقوفة إن كان الأخ حياً أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وإن كان ميتاً أو مضت المدة
قبل قدومه أخذت الأم ثلاثة والأخت خمسة والجد سبعة هذا على الرواية التي تقول إن الموقوف
للمفقود يرد إلى ورثة الأول واختار الحنبري أن المدة إذا مضت ولم يتبين أمره أنه يقسم نصيبه من
الموقوف على ورثته وهو ستة يبقى تسعة وهي الرواية الثانية لأنه كان محكوماً بحياته لأنها اليقين وإنما
حكماً بموته بمضي المدة ووجه الأولى أنه مال موقوف لمن ينتظر من لا نعلم حاله فإذا لم تتبين حياته لم
يكن لورثته كالموقوف للحمل وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة ، زوج وأبوان وابنتان

ولنا إن عبد الله بن زمة ادعى نسب ولد وليلة أبيه وقال هذا أخي ولد على فراش أبي ، قبل انبي عليه السلام قوله وأثبت النسب به ، ولأن الوارث يقوم مقام موروثه بدليل أنه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين وغيره كذا النسب ، ولأن الوارث يخلف الموروث في حقوقه وهذا منها ، ولا خلاف بينهم في وجوب دفع ميراثه إليه إلا أن يكون المقر به يسقط المقر فأخ يقر بابن أو ابن ابن أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين فإن الثاني في ظاهر مذهبه أثبت النسب ولم يورثه لثلاثين إقراراً من غير وارث فتبوت ميراثه ينفذي إلى سقوط نسبه وميراثه

ولنا أنه إقرار من كل الورثة يثبت به النسب بمن يرث لو ثبت نسبه بغير إقراره فيجب أن يرث كما لو لم يسقطه ، ولأنه ابن ثابت النسب لم يمنع أثره مانع متفق عليه أشبه ما لو ثبت بينة والاعتبار بكونه وارثاً حالة الإقرار أو بكونه وارثاً لولا الإقرار بدليل أنه لو اعتبر الحال الثاني لم يثبت النسب إذا قرء بشارك في الميراث لأنه يكون إقراراً من بعض الورثة ، فإن قالوا إنما ثبت لأن المقر به أيضاً قر بنفسه مدع لنسبه ، قلنا وهما مثله فاستوبا

(فصل) إذا خلف أبنا واحد أفاقر بأخ من أبيه دفع إليه نصف ماله في قول الجيم فإن أقر بعد بأخ فأنقضا عليه دفعا له ثلث ماله أيديهما في قول الجيم فإن أنكر المقر به ثانياً المقر به الأول لم يثبت نسبه ، قال القاضي هذا مثل للامة تقول ادخني اخرك ، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ماله أيديهما لأنه لم يقر له بأكثر منه وقال الشافعي رضي الله عنه يلزم المقر أن يقرم له نصف التركة لأنه أثلفه عليه بإقراره الأول ، وبمقتل أن لا يطول نسب الأول لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الإقرار فإن لم يصدق به

مفقودتان مسألة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة أحدهما من ثلاثة عشر وفي موتها من ستة فتضرب ثلث الستة وهي اثنان في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطى الزوج والابوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروباً في اثنين ثم في ثلاثة عشر ويقف الباقي وإن كان في المسئلة ثلاثة مفقودون لهم أربع مسائل فإن كانوا أربعة عمات لهم خمس مسائل وعلى هذا فإن كان المفقود يحجب ولا يرث كزوج وأخت لابوين وأخت لأب وأخ لها مفقود وقفت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الابوين وقبل لا يوقف هنا شيء وتعطى الأخت من الأب السبع لأنها لا تحجب بالشك كما لا تورث بالشك والأول أصح لأن دفع السبع إليها تورث بالشك وإيسر في الوقف حجب يقينا عما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيهما ويمارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والأخت والابوين والتوسط بما ذكرناه أولى

(فصل) والاسير كالمفقود إذا انقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور وحكي عن سعيد بن المسيب والنخعي وقادة أنه لا يرث لأنه عبد والصحيح الأول لأن الكفار لا يمكن أن يكونوا أحرار والله سبحانه وتعالى أعلم

الاول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع اليه المقر ثلث ما بقي في يده لانه الفضل الذي في يده ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال لانه فوته عليه بدفع النصف الى الاول وهو يقر انه لا يستحق إلا الثلث وسواء دفعه اليه بحكم الحاكم أو بغير حكمه لان إقراره علة حكم الحاكم وسواء علم بالحلل عند إقراره الاول أو لم يعلم لان العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف وحيث نفي هذا عن شريك، ويحتمل انه إن علم بالثاني حين أقر بالاول وعلم انه اذا أقر به بعد الاول لا يقبل ضمن لتفرجه حق غيره بتفريطه، وإن لم يعلم لم يضمن لانه لم يجب عليه الاقرار بالاول إذا علمه ولا يهوجه إلى حاكم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن، وقيل هذا قياس قول الشافعي

وقال أبو حنيفة ان كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالأخذ منه كرها، وإن دفعه بغير حاكم دفع إلى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الى الاول ما ليس له تبرعا، ولنا على الاول انه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الامام يد السارق فسرى إلى نفسه، وإن أقر بعدها بثالث فصدقه ثبت نسبه وأخذ ربع ما في يده كل واحد منهم إذا كان مع كل واحد ثلث المال، وإن كذبا لم يثبت نسبه وأخذ ربع ما في يده المقر به وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها، وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة (فصل) ومتى أردت معرفة الفضل فاضرب مسألة الاقرار في مسألة الانكار ثم تضرب بالمقر

باب ميراث الخنثى

وهو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم الى مشكل وغير مشكل فمن ثبتت فيه علامات الرجال أو النساء فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في ارثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه والذي لا علامة فيه مشكل

(مسألة) ويعتبر بماله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول أن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة روي ذلك عن علي ومعاوية وسعيد بن السيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم وقال بن اللبان روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث قال «من حيث يبول» وروي أنه عليه الصلاة والسلام أني بخنثى من الانصار فقال «ورثوه من أول ما يبول منه» ولأن خروج البول أهم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات إنما توجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وخروج المنى والحيض وتلك ابتدئ والحبل (فصل) فإن بال منها جميعاً اعتبر بأسبقها نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه

من مسألة الاقرار في مسألة الانكار إذا كانتا متباينتين وتضرب ما العنكر في مسألة الانكار في مسألة
الاقرار فما كان بينهما فهو الفضل ، فان لم يكن في يده فضل فلا شيء للقر له كشلاثة اخوة
مفتقرين أقر الاخ من الام بأخ أو أخت فلا شيء للقر له لانه يقر على غيره وسواء أقر بأخ
من أم أو غيره ، وعند أبي حنيفة ان أقر بأخ من أم فه نصف ما في يده وان أقر بأخ من
أبوين فالقر به خمسة أسباع ما في يده ، وان كن ثلاث أخوات متفرقات فأقرت الأخت من
الام بأخ فان كان في المسئلة عصبه فلا شيء له ، فان لم يكن فيها عصبه فه سدس ما بقي في يدها
لان مسألة الانكار من خمسة والاقرار من ستة إذا ضربت إحداها في الاخرى كانت ثلاثين لها سهم من
مسئلة الانكار في مسألة الاقرار ستة ولها في الاقرار خمسة بفضل في يدها سهم من الاخرى من ابي حنيفة كان وان أقرت
الأخت من الاب بأخ لها صحت من تسعين لها عشرة وبفضل لاختها ثمانية ، وإن أقرت بأخ من أبوين
دفعت اليه جميع ما في يدها ، وإن أقرت بأخ من أم أو بأم البيت أو جدة أو بصبة فه سدس ما في
يدها ، وإن خاف أربع أخوات من أب وعما فأقر الأخوات بأخ لمن فلا شيء له ، وإن أقرن بأخت
من أبوين دفعت اليها ثلاثة أرباع ما في أيديهن وان أقرن بأخت من أب فلها خمس ما في أيديهن وأيتهن
أقرت وحدها دفعت اليها ما في يدها بتدر ذلك ، وإن أقرت إحداهن بأخ وأخت فمسئلة الاقرار من سبعة
والانكار من ستة تضرب إحداها في الاخرى تكن اثنين واربعين لها سهم في ستة وفي يدها سبعة

قال الجمهور فان خرجا معا اعتبر أكثرهما قال أحمد في رواية اسحاق بن ابراهيم يورث من المسكان
الذي يول منه أكثر وحكي هذا عن الاوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم
يتمره أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال قوم إذا خرجا معا اعتبر بأخهما انقطعا فان انقطعا
معا اعتبر أكثرهما وقيل الاعتبار بالكثرة

ولنا انها مزينة لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فان استويا فهو حينئذ مشكل

(مسئلة) (فان مات له من برئه وكان يرجى انكشاف حاله وهو الصغير فان احتيج إلى قسم
الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي في قول الجمهور حتى يبلغ فيظهر فيه علامات الرجال
من نبات لحية وخروج النني من ذكره وكونه مني رجلا أو علامات النساء من الحيض والحمل وتلك
التدبين نص عليه أحمد في رواية الميموني وحكي عن علي والحسن أنهما قالالا تمد أضلاعه فان أضلاع
المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضع قال ابن اللبان ولو صح هذا لما أشكل حاله ولا احتيج إلى
مراعاة البول وقال جابر بن زيد يوقف إلى جانب الحائط فلن بال عليه فهو رجل وان شلسل بين نخذه
فهو امرأة وليس على هذا تمويل والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى أنه يوقف أمره مادام صغيرا
فان احتيج الى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي الى حين بلوغه فتعمل المسئلة على
أنه ذكر ثم على أنه أنثى وتدفع الى كل وارث اقل النصيبين ويقف الباقي حتى يبلغ فان مات قبل بلوغه

(المغني والشرح الكبير) إذا أقر العم بأخت وأخوات من أب أو أباوين فلا شيء لهم ١٤٩

يفضل في يدها سهم لهما ، وإن أقر الأربع بهما فضل لهما أربعة أسهم ، فإن كان المقر بهما يتصادقان اقتسامهما بينهما أثلاثا فإن تجاحدا فلا شيء للاخ لأنه يقر أنه لاحق له في الثلثين ويكون المقر به للاخت لأنها تدعي خمس الثلثين ، وإن جحدته ولم يجحدها لم يلتفت إلى جحدتها لأقرار الأخوات المعروفات وإن جحدتها ولم تجحدها احتمل أن يكون المقر به لها لأقراره بأنه لا يستحق شيئا من الثلثين وكونها تدعي من الثلثين مثل هذه الفضلة ويحتمل أن لا يستحق إلا ثلث أربعة أسهم لأقرارها بها للاخ والأول أولى إن شاء الله تعالى

وإن أقر العم بأخت أو أخوات من أب أو أباوين فلا شيء لهم ، وإن أقر بأخ أو اخت من أم أو بأم أو جدة فللمقر له السدس ، وإن أقر بأخ من أباوين أو من أب أو بابنين من ولد لام فلهم جميع ما في يده ، وإن خلف أما وأخا من أباوين فأقرت الأم بأخ من أم أو من أباوين فله السدس وهو نصف ما في يدها وإن أقرت بأخ من أب فصدقتها الاخ من الأباوين فله السدس وهو نصف ما في يدها ولا شيء للمقر له وإن لم يصدقها فقد أقرت له بما لا يدعيه فيحتمل أن يقر في يدها ولا يصح أقرارها ويحتمل أن يصطلحوا عليه لأنه لا يخرج عنها وقد أشكل أمره ويحتمل أن يكون لبيت المال لأنه مال لم يثبت له مستحق ولا يدعيه أحد ، فإن أقر الاخ بأخ له من أباوين فله ثلاثة أثمان ما في يده لأن مسألة الأقرار من اثني عشر له منها خمسة وفي يده ثمانية فالفاضل في يده ثلاثة (فصل) إذا خاف ابنتين فأقر الأكبر بأخوين فصدقه الأصغر في أحدهما ثبت نسب المنفق عليه

أو بلغ مشكلا ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى نص عليه أحمد وهو قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري والأولئ وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويعني بن آدم وضرار بن صردونيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته والباقي لسائر الورثة وأعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين أمره أو يصطلحوا وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير ورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه

ولنا قول ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة منكر ولأن حالته تساوى فوجب التسوية بين حكمها كما لو ادعاه نفسان داراً بأيديهما ولا يثبت لهما وليس تورثه بأسوأ أحواله بأولي من تورث من معه بذلك فتخصيصه بهذا الحكم لا دليل عليه ولا ميل إلى الوقت لأنه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع للمال مع يقين استحقاقهم له

(مسألة) فإذا كان ابن و بنت وولد ختنى جعلت لبيت اقل عدد له نصف وهو سهمان وللذكر أربعة وللختنى ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهذا قول الثوري والأولئ في هذه المسئلة وفي كل مسألة فيها ولد إذا كان فيهم ختنى قال شيخنا وهذا قول لا بأس به وذهب أكثر من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى

فصاروا ثلاثة ومسئلة الاقرار اذا من ثلاثة ومسئلة الانكار من أربعة فتضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر للاصغر سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار أربعة وللأكبر سهم في مسئلة الانكار ثلاثة والمتفق عليه إن أقر بصاحبه مثل سهم الأكبر وإن أنكر مثل سهم الأصغر. وذكر أبو الخطاب أن المتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من النكر إلا ربع مالي يده لأنه لا يدعي أكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من الأكبر نصف ما يده فتصح من ثمانية النكر ثلاثة أثمان وللقدر سهمان والمتفق عليه سهمان والآخر سهم

وذكر ابن القبان أن هذا قياس قول مالك والشافعي رضي الله عنه وفي هذا نظر لأن النكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر من يدعي الزيادة فوجب دفعها إليه ونظير هذا مالو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له إنما هي لهذا المدعي فأنها تدفع إليه

وقد رد الخبري على ابن القبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها إليه قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السهم الذي يأخذه من المقر به فيضمه إلى النصف الذي يسهل المقر بهما فيقسمانه أثلاثاً وتصح من تسعة للنكر ثلاثة ولكل واحد من الآخرين سهمان وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا ولا يستقيم هذا على قول من لم يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لأن المقر بهما والمتفق عليه

وتضرب أحدهما في الأخرى أن تباينتا أو في وقفها أن اتفقتا ويجتزئ بهما إن تماثلتا وبأكثرهما إن تناسبتا وتضربها في اثنين ثم تجمع مالم كل واحد منهما أن تماثلتا وتضرب مالم كل واحد من أحدهما في الأخرى أن تباينتا أو في وقفها أن اتفقتا، وهذا اختيار أصحابنا ويسمى مذهب المنزليين، وقول الشوري يوافق قول أصحابنا في بعض المواضع وبخالفه في بعضها، ويان اختلافهما أننا نجعل المسئلة المذكورة على قول الشوري من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة، وعلى قول أصحابنا مسئلة المذكورة من خمسة والانوثية من أربعة ولا موافقة بينهما تضرب أحدهما في الأخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين، فليبت سهم في خمسة وسهم في أربعة تسعة، والذي ثمانية عشر وللخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة ثلاثة عشر وهي دون ثلث الأربعين، وقوله من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزليين في أكثر المواضع فإنه يقول في هذه المسئلة لذكر الحسن بيقين وذلك ستة عشر من أربعين وهو يدعي النصف عشرين ولليبت الحسن بيقين ثمانية وهي تدعي الربع وللخنثى الربع بيقين وهو يدعي الخمسين ستة عشر، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه صار له ثلاثة عشر والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها اثنين صار له ثمانية عشر واليبت تدعي سهمين فيدفع إليها سهمان صار لها تسعة ومن ورثه بالدعوى من أصل المال فلي قوطم يكون الميراث في هذه المسئلة من ثلاثة وعشرين لأن المدعي ههنا

لا يقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان ، وقيل يدفع الأكبر اليهما نصف ما في يده وبأخذ المتفق عليه من الأصغر ثلث ما في يده فيحصل للأصغر الثلث والأكبر الربع والمتفق عليه السدس والثلث والمختلف فيه الثمن ونصف من أربعة وعشرين للأصغر ثمانية والمتفق عليه سبعة وللأكبر ستة والمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذا

(فصل) إذا خلف ابنا فأقر بأخوين دفعة واحدة فتصادقا ثبت نسبهما وإن تم احدا نكذلك في أحد الوجهين لانه نسبهما ثبت باقرار من هو كل الورثة قبلهما ، وفي الآخر لا يثبت لان الاقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة يدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده ، وإن صدق أحدهما بصاحبه وجعله الآخر ثبت نسب المتفق عليه ، وفي الآخر وجهان ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما بقي في يده

(فصل) ولو خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصداقه أحد اخويه في الاخ والآخر في الاخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بهما اليهما ثلث ما في يده ويدفع المقر بإخ إليه ربع ما في يده ويدفع المقر بالاخت اليهما سبع ما في يده فأحصل المسئلة ثلاثة أسهم سهم المقر يقسم بينهما وبينهما على تسعة فله ستة ولهما ثلاثة وسهم المقر بإخ على أربعة له ثلاثة ولأخيه سهم وسهم المقر بالاخت بينه وبينهما على ستة له خمسة ولما سهم وكلها متباينة فأضرب أربعة في خمسة في تسعة

نصف وربع وخمسان ومخرجها عشرون يعطي الابن عشرة ولبنات خمسة والختى ثمانية فتكون ثلاثة وعشرين فإن لم يكن في المثلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثها بالدعوى من أصل المال ، وفي التنزيل من اثني عشر للابن خمسة والختى خمسة وهو قول من ورثها بالدعوى فيها هذا اليتين وإن كانت بنت ولد خنتى ولا عصبة معها فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل ، وإن كان معها عصبة فهي من ستة والختى ثلاثة ولبنات سهمان والعصبة سهم في الأقوال اثلاثة فإن كان معها أم وعصبة فهي من ستة وثلاثين للام ستة والختى ستة عشر ولبنات أحد عشر والعصبة ثلاثة وقياس قول الثوري أن يكون للختى ولبنات ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة وللأم السدس ويبقى نصف السدس للعصبة ونصف من ستين للام عشرة والعصبة خمسة ولبنات ثمانية عشر والختى سبعة وعشرون فإن كان ولد خنتى وعصبة فلا خنتى ثلاثة أرباع المال والباقي للعصبة إلا في قول من ورثها بالدعوى من أصل المال فإنه يحصل المال بينهم اثلاثا لأن الخنتى يدعي المال كله والعصبة تدعي نصفه فتضيف النصف إلى الكل فيكون ثلاثة أنصاف لكل نصف ثلث بنت وولد ابن خنتى وعم هي في التنزيل من اثني عشر وترجم بالاختصار إلى ستة ولبنات النصف والختى اثلث ولعم السدس

(فصل) فإن كان الخنتى يرث في حال دون حال كزوج وأخت لابوين وولد أب خنتى ففتفقى

في اصل المسئلة تكن سبعائة وستة وخمسين المقر بهما ستة في اربعة في سبعة مائة وثمانية وستون والمقر بالاخت ستة في اربعة في تسعة مائتان وستة عشر والمقر بالاخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة وتسعة وثمانون وللأخ المقر به سهمان في اربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في ستة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر وللأخت سهم في اربعة في سبعة ثمانية وعشرون وسهم في اربعة في تسعة ستة وثلاثون فيجتمع لها اربعة وستون ولا فرق بين تصادقهما وتجاورهما لانه لا فضل في يد احدهما عن ميراثه ولو كان في هذه المسئلة ابن رابع لم يصدق في واحد منهما كان اصل المسئلة من اسهم على احد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم ينفرد به الجاحد فتصح المسئلة من انف وتسعائة وثمانين سهما وطريق العمل فيها كالتي قبلها

(نصاً) إذا خلف بنتا واختا فأقر بالصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الأخت هي بنت فلها ثلث ما في يد الأخت لا غير ، وهذا قول ابن أبي ليلى ولحمد بن الحسن والقرظي وبجي بن آدم تخييط كثير يطول ذكره ، وإن خلف امرأة وبنتا واختا فأقرن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الأخت هي أخت فقال الخبري تدعى ثلث المال لانه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات على حسب إقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الأخت بأربعة ونصف وأقرت المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم منها ثمانية وهي أربعة أحسابها فخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين

قول الثوري أن يجعل للختي نصف ما يرثه في حال ارثه وهو نصف سهم فضمه إلى سهام الباقي وهي ستة تبسطها انصافاً يزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والأخت نصفين وقد عمل ابر الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهداية ، وأما التنزيل فيصح من ثمانية وعشرين للختي سهمان وهي نصف سهم واكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر وإن كان زوج وأم وأخوان من أم وولد أب خشي فله في حال الانوثة ثلاثة من تسعة فاجعل له نصفها مضموماً إلى سهام باقي المسئلة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة وثلاثين وهي السدس ، وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خشي وعم فهي من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس والختي السدس ولعم ما بقي على القولين جميعاً

(فصل) قال الخبري اعلم أن الذين يكونون خناني من الورثة ستة . الولد وولد الابن والاخ وولده والعم وولده فأما الزوجان والابوان والجدان فلا يتصور ذلك فيهم . فالخلاف يقع في ثلاثة لا غير الولد وولد الابن والاخ فأما الثلاثة الاخر فليس للآث منهم ميراث فيكون للختي منهم نصف ميراث ذكر بلا خلاف

(مسئلة) (فان كانا خنيتين أو أكثر نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للابنتين أربعة أحوال وثلاثة ثمانية وللاربعة ستة عشر والخمسة اثنتين وثلاثين حالاً ثم تجمع ما لهم في الاجوال كلها

ومنها نصع فاذا بلغت الصغيرة فصدقت إحداهن أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به وإذا بلغت فصدقت إحداهن أمسكت ما أخذت منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها، وهذا القول أصوب إن شاء الله تعالى لأن فيه احتياطاً على حقها. ثلاثة أخوة لأب ادعت امرأة أنها اخت الميت لآبيه وأمه فصدقتها الأكبر وقال الأوسط هي أخت لام وقال الأصغر هي أخت لأب فان الأكبر يدفع إليها نصف ما في يده ويدفع إليها الأوسط سدس ما في يده ويدفع إليها الأصغر سبع ما في يده، وتصح من مائة ودية وعشرين لأن أصل مسئلتهم ثلاثة فمسئلة الأكبر من اثنين والثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين واربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الأكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الأوسط سدسه سبعة ومن الأصغر سبعة ستة صار لها أربعة وثلاثون، وهذا قياس قول ابن أبي ليلى وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الأصغر فيضم نصفه إلى ما يده أحدهما ونصفه إلى ما يده الآخر ويقامم الأوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فيضم الثلاثة إلى ما يده الأكبر ويقامم ما يده على أربعة لها ثلاثة وله سهم فأجعل في يد الأصغر أربعة عشر ليكون أسبعة نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين

فتقسمه على عدد أحوالهم فما خرج بالنسب فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة وإن كانوا من جهات جهت ما لكل واحد منهم في الأحوال وقسمته على عدد الأحوال كلها فالخراج بالتقسم هو نصيبه. هذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي والوجه الآخر أنهم ينزلون حالين مرة ذكراً ومرة أنثى كما يصنع في الواحد وهو قول أبي يوسف واختاره إمام الخطاب والاول أولى لأنه يعطى كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيعدل بينهم، وفي الوجه الآخر يعطى بعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لا دليل عليه، وبيان ذلك في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم إن كانا ذكراً فالل ولد، وإن كانا أنثىين فالأخت والنصف والباقي للعم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين فالولد ثلاثة أرباع المال ولعم ربه، ومن نزلهم أحوالاً زاد حالين آخرين، هو أن يكون الولد وحده ذكراً وولد الأخ وحده ذكراً فتكون المسئلة من ثمانية فالولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال وولد الأخ نصف المال في حال فله ربعه وهو الثمن ولعم مثل ذلك وهذا أعديل، ومن قال بالدعوى فما زاد على اليقين قال للولد والنصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم اثلاثاً، وتصح من ستة وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ، وفي كل عصبةين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئاً إذا كان أشق ولو خلف بتا وولد أم خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فمن نزلها حالين جعلها من ستة الولد الخنثى ثلاثة والبنات

وإنهم فها ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الأصفر حبه وهو ستة وعشرون تقسم إلى ما بيد كل واحد من اخوة ثلاثة عشر فيصير معهم مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الأوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة وأربعون تضاف إلى ما بيد الأكبر يصير معه مائتان وأربعون فتأخذ ثلاثة أو باعها وهي مائتان وعشرون ويبقى له ستون ويبقى للأوسط مائة وخمسون وللأصفر مائة وثمانون وخمسون وترجع بالاختصار إلى سدسها وهو واحد وتسعون

(فصل) وإذا خلف ابنا فأقر بأخ ثم جده لم يقبل جده ولزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده فإن أقر بعد جده بأخ احتل أن لا يلزمه شيء لأنه لا فضل في يده عن ميراثه ، وهذا قول ابن أبي ليلى ، فإن كان لم يدفع إلى الأول شيئا لزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده ولا يلزمه الآخر شيء ويحتل أن يلزمه دفع النصف الباقي كله إلى الثاني لأنه قوته عليه وهذا قول زفر وبعض البصريين ويحتل أن يلزمه ثلث ما في يده الثاني لأنه الفضل الذي في يده ، على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو أقر من غير جده الأول وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي رضي الله عنه وقال أهل العراق إن كان دفع إلى الأول بقضا دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده وإن كان دفعه بغير قضا دفع إلى الثاني ثلث جميع المال وإن خلف ابنتين فأقر أحدهما بأخ ثم جده ثم أقر بأخ لم يلزمه الثاني شيء لأنه لا فضل في يده ، وعلى الاحتال للثاني يدفع إليه نصف ما بقي في يده وعلى الثالث يلزمه ربع ما بقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الأول في المسئلة الأولى دون الثاني

(فصل) إذا مات رجل وخلف ابنتين فمات أحدهما وترك بنتا فأقر الباقي بأخ فمن أيه في يده

سهمان والباقي لعم ، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس ولعم مثله ، وهذا أحد الطريقين لما في الطريق الآخر من استقاط ولد الابن مع أن احتمال تورثه كاحتمال تورث عمه وهكذا تصنع في الثلاثة وما زاد ويكفي هذا القدر من هذا الباب فإنه نادر قل ما يحتاج إليه واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه

(فصل) قال شيخنا (وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها لما يذكره الفرضيون ولم يدعوا به فانا وجدنا شيئين ليس لهما في قبلها مخرج ولا ذكر ولا فرج أما أحدهما قد كروا أنه ليس له في قبله إلا حمة نابتة كالزبوة وبرشح البول منها رشحا على الدوام وأرسل إلينا يسألنا عن الصلاة والتحرز من النجاسة في ستة عشر وستمائة ، والثاني ليس له إلا مخرج واحد فيمابين المخرجين منه يتفرط ومنه يقول ومات من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه يلبس لباس النساء ويخاططن ويغزل معهن وبعد نفسه امرأة ، قال وحدث أن في بلاد الحج شخصا ليس له مخرج أصلا لا قبل ولا دبر وإنما يتقيا ما يابا كله ويشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخشي لكنه لا يمكن اعتباره بما لا فأن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكمه في ميراثه وأحكامه كلها والله أعلم

ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربعا وسدسا فيفضل في يده ثلث برده على المقر به ، وإن أقرت به لبنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة إن أقر الاخ دفع اليه نصف مافي يده ، وإن أقرت لبنت دفعت اليه خمسة أسباع ما في يدها لأنها تزعم أن له ربعا وسدسا وهو خمسة من اثني عشر ولها السدس وهو سهران فيصير الجميع سبعة لها منها سهران وله خمسة. بنان وهم مانت إحداها وخلفت ابنا وبناتا فأقرت البنت بخالة ففريضة الانكار من تسعة وفريضة الافرار من سبعة وعشرين ولها منها سهران وفي يدها ثلاثة فتدفع اليها سهران وإن أقر بها الابن دفع اليها سهران وإن أقرت بها لبنت الباقية دفعت اليها التسع وإن أقر بها العم لم يدفع اليها شيئا، وإن أقر الابن بخال له ففريضة الافرار من اثني عشر له منها سهران ولها السدس يفضل في يده نصف تسع وإن أقرت به أخته دفعت اليه ربع تسع فإن أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع اليه نصف السدس وإن أقر به العم دفع اليه جميع مافي يده . ابنان مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بأم لأبيه ففريضة الانكار من أربعة المقر منها ثلاثة أرباعها وفريضة الافرار من اثنين وسبعين المقر منها أربعون يفضل في يده أربعة عشر سهران يدفعها إلى المرأة التي أقر لها، وترجع بالاختصاص إلى ستة وثلاثين المقر منها عشرون وللبنت تسعة والمقر لها سبعة ، ومذهب أبي حنيفة تعمل كذلك إلا أنه يجمع سهام الام وهي سبعة

﴿ باب ميراث الذرق ومن ثممته موتهم ﴾

إذا مات متراثران كالأقرقي والهدى رجل أولهما موتا واختلفت ورأهما في السابق منها فقد قل عن أحمد رحمه الله في امرأة وابنها ما قال فقال زوجها ماتت فورثها ثم مات ابنها فورثته ، وقال آخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثها أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ويكون ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لآخيهما وزوجها نصفين ذكرها الحرق ، وهذا يدل على أن ميراث كل ميت يقسم على الأحياء من ورثته دون من مات معه روي ذلك عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس والحسن بن علي رضي الله عنهم ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبرار الزناد والزعري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم ابن عمير وعبد الرحمن بن عوف فيحتمل أن يكون ما روي عن أحد في المسئلة التي ذكرها الحرق إن يحمل هذا رواية عنه في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل بنت أن موروثه كان آخرهما موتا فأما مع الجبل فيورث كل واحد منهما من الآخر لأن مع ادعائي بتوجه العيين على المدعى عليه فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ويتوفر للميراث له كل في سائر الحقوق بخلاف ما إذا اتفقوا على الجبل فلا يتوجه العيين لأن العيين لا يشرح في موضع اتفقوا على الجبل به ،

عشر إلى سهم المقر وهي أربعون فتقسم عليها ثلاثة أرباع المال فما أصاب كل واحد فهو له فتضرب سبعة وخمسين في أربعة تكن مائتين وثمانية وعشرين فلبنّت سهم في سبعة وخمسين والمقر أربعون في ثلاثة تكن مائة وعشرين وللأم سبعة عشر في ثلاثة أحد وخمسون، وإن أقرت بها البنّت فلها من فريضة الاقرار خمسة عشر سهماً وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر بفضل في يدها ثلاثة تدفعها إلى المقر لها. وإن أقر الابن بزوجته لآبيه رهي أم الميت الثاني فمسئلة الاقرار من سنة وتسعين لها منها سنة وخمسون وفي يده ثلاثة أرباع بفضل معه سنة عشر سهماً يدفعها إلى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر ولبنّت أربعة وعشرون وترجع بالاختصار إلى اثني عشر لأن سهامهم كلها تتفق بالامان فيكون المقر سبعة والمقر لها سهمان ولبنّت ثلاثة، وفي قول أبي حنيفة يضم سهم المقر لها وهي تسعة عشر إلى سهم المقر فتكون خمسة وسبعين وتقسم عليها ثلاثة الأرباع وهما مائة ثمان بالثلاث ترجع السهام إلى ثلثها خمسة وعشرين تضر بها في أربعة تكن مائة للبنّت سهم في خمسة وعشرين وللراة تسعة عشر في سهم والمقر سنة وخمسون، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له. ابوان وابنتان اقسما الورثة ثم اقروا لبنّت للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة أبي قال فريضة في الاقرار من ثمانية عشر للابن سنة ولكل بنت أربعة فأسقط منها نصيب البنّت المقر بها يبقى أربعة عشر للابن منها ستة وإنما اخذا ثلث الأربعة عشر وذلك أربعة أسهم وثلاث أسهم فيبقى لهما في يد البنّتين

وظاهر المذهب أن كل واحد منهما يرث صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه من الميت معه. فيقدر أحدهما مات أولاً ويرث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه على الأحياء من ورثته ثم يصنع بالثاني كذلك قال أحد أذهب إلى قول عمر وعلي وشريح وإبراهيم والشعبي هذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول إيلس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحيد الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ومجيب بن آدم وإسحاق وحكي ذلك عن ابن مسعود. قال الشعبي وقم الطاعون بالشام عام هوانس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: أن ورثوا بعضهم من بعض، ووجه الرواية الأولى ما روى سعيد قال ثنا إسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد أن قتيلاً البجامة وقتل صنيح والحرة لم يورث بعضهم من بعض ورثوا عصبتهم الأحياء وقال ثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وإبنا يزيد ابن عمر قالت الصبيحان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها، وأن أهل صفين وأهل الحرة لم يوارثوا، ولأن شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث وليس بمعلوم فلا يثبت التورث مع الشك في شرطه ولأنه مشكوك في حياته حين موت مورثه فلم يرثه كالحل إذا وضعت مبتأ ولأن تورث كل واحد منهما خطأ قطعاً لانه لا يخفى أن يكون موتها معاً أو يسبق أحدهما وتورث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا مخالف للاجماع فكيف يعمل به؟ فان قيل ففي

سهم وثلاث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في أربعة عشر تكن اثنين واربعين فقد اخذ الابوان اربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة يأخذانها منهما ويبقى للابنتين اربعة وعشرون وان قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثها خمسة وثلاثا ويبقى لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان (فصل) اذا أقر بعض الورثة عن أعيان له المسئلة بمن يصبه فيذهب العول مثل مسئلة فيها

زوج وأختان أقرت احدهما باخ لها فاضرب مسئلة الاقرار وهي ثمانية في مسئلة الانكسر وهي سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة سهمان في مسئلة الاقرار ستة عشر والمقرة سهم في مسئلة الانكسر سبعة يفضل في يدها تسعة أسهم فيسئل الزوج فان أنكر أعطى ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون ودفعت المقررة إلى المقر له ما فضل في يدها كله وإن أقر الزوج به فهو يدعي أربعة والاخ يدعي أربعة عشر فتجمعها تكن ثمانية عشر وتقسم عليها التسعة فتدفع إلى الزوج سهمين وإلى الاخ سبعة ، فان أقرت الاختان به وأنكر الزوج دفع الى كل أخت سبعة وإلى الاخ أربعة عشر ويبقى أربعة يقران بها للزوج وهو ينكرها ففيه ثلاثة اوجه (احدها) ان قر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له

قطع التورث قطع تورث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لانه يحتمل موتهما معا فلا يكون منهما مسبوق ، وقد احتج أصحابنا بتمام الرواية بما روى إياس ابن عبد الله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم يث فقال يرث بعضهم بعضا ، قال شيخنا والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسؤول وإياس برواية عن النبي ﷺ هكذا رواه سعيد في سننه وحكاها الامام أحمد وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين يعطى كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الامر أو يصطلحوا وقال الخبري هذا هو الحكم فيما إذا علم صوت أحدهما قبل الآخر ولم يذكر فيه خلافا

(مسئلة) قال (فلو غرق اخوان احدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو فن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد لمولاه وهو أحسن)

ومن ورث أحدهما من الآخر جعل ما لكل واحد منهما لمولى الآخر ومن قل بالوقف وقف مالهما ، وإن ادعى كل واحد منهما أن مولاه آخرهما مزا حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى الآخر وأخذ مال مولاه على ما ذكره الحنفى ، وإن كان لهما أخت فن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل لهما الثلثين من مال كل واحد منهما والنصف على القول الثاني ، وإن خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فن لم يورث بعضهم من بعض صحبها من ثمانية لاسرائه الثمن ولا بنته النصف والباقي لمولاه ومن ورثهم جعل الباقي لاخته ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الاولى فصحت من

(والثاني) يعلم طلع عليها الزوج والاختان له نصفها ولها نصفها لانها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها
للاخ لانه لا يحتمل ان يكون له فيها شيء بحال

(الثالث) يؤخذ إلى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك ومذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في
الصورة الاولى ان أنكر الزوج أخذت المقرة سهميها من سبعة فتقسمها بينهما وبين أختها على ثلاثة
فتضرب ثلاثة في سبعة تكن أحدا وعشرين ولها سهمان ولاختها أربعة ، وان أقر الزوج سهم
سهامه إلى سهميها تكن خمسة واقسمها بينهما على سبعة فالزوج أربعة والاخ سهمان والاخت سهم م
تضرب سبعة في سبعة تكن تسعة وأربعين ومنها تصح للفكرة سهمان في سبعة أربعة عشر وللزوج
أربعة في خمسة وللأخ سهمان في خمسة والمقرة سهم في خمسة ، فان خلفت اما زوجا واختا من أب
فأقرت الأخت بلخ لها فمسئلة الانكار من ثمانية ومسئلة الإفراز من ثمانية عشر ويتفقان بالأصاف
فالضرب نصف أحدهما في الأخرى تكن اثنين وسبعين للام ثمانية عشر وفي يد المقر سبعة وعشرون
ولها من مسئلة الإفراز ثمانية يفضل في يدها تسعة عشر فيمثل الزوج فان أنكر أخذ الاخ ستة عشر
وبقيت ثلاثة أسهم فيها الأوجه الثلاثة ، وان أقر فهو يدعي تسعة لانه يدعي تمام النصف والأخ
يدعي ستة عشر فتضم التسعة إلى الستة عشر تكن خمسة وعشرين والتسعة عشر لانواقها فتضرب

أربعة وسبعين لامرأته بماتية ولا بنته اثنان وثلاثين وامرأة أخيه من الباقي ثلاثة ولا بنته اثنا عشر
ولولاء الباقي تسعة : أخ وأخت غرقا ولها أم وعم وزوجان فن ورث كل واحد منهما من صاحبه
جعل ميراث للأخ بن امرأته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأما
وأما زوجها على ستة فصحت الممسئلة من ثلاثة عشر لامرأة لاخ ثلاثة وزوج لاخت ثلاثة والام
لوجة ميراثها من لاخ واثنان ميراثها من الأخت ولهم سهم وميراث الأخت بين زوجها وأما
ولميراثها على ستة لانها سهم بين امرأته وأمه وعمه على اثني عشر فتضربها في الاولى تكن اثنين وسبعين
والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر والنفع لمن يرث منهما : ثلاثة أخوة
لأبوين غرقوا ولهم أم وعصبة تقدر موت أحدهم أولا ثلاثة السدس والباقي لأخيه فتصح من اثني عشر
لكل واحد من أخوته خمسة بين أمه وعصبة على ثلاثة فتضربها في الاولى تكن ستة وثلاثين للام
من ميراث الأول ستة ومما وورثه كل واحد من الإخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي لعصبة
ولها من ميراث كل واحد من الإخوين مثل ذلك ذكر هذه المسئلة أبو بكر : ثلاثة أخوة مفترقين غرقوا
وخلف كل واحد منهم أخته لأبويه تقدر موت الاخ من الابوين أولا عن أخته من أبويه وأخوته
من أبيه وأخوته من أمه فصحت مسئلة من ثمانية عشر لأخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبويه
وأخته من أمه على أربعة وأصاب الاخ منها اثنان بين أخيه من أبويه وأخيه من أبيه على أربعة فتعجز
وأحدهما وتضربها في الإخوين تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الاخ من الام عن أخت لأبوين وأخ

خمس وعشرين في اثنين وسبعين تكن الفا وغامائة ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في خمسة وعشرين ومن له شيء من خمسة وعشرين مضروب في تسعة عشر. ومثل الغيرة الضبي عن هذه المسئلة فأجاب بهذا وذكر أنه قول النخعي ، قال يحيى بن آدم وهي في قول حماد وأبي حنيفة من عشرين سها يعني للام زبها خمسة والباقي بين الزوج والاخ والاخت على قدر سهامهم من فريضة الارفار الزوج تسعة وللأخ أربعة وللأخت سها ، وان صدقتها الام وحدها دون الزوج أعطيت الام السدس والاخ والاخت الثلث بينهما على ثلاثة والمزوج ثلاثة أمان ويبقى المن فيه الأوجه الثلاثة (فصل) وان أقر وارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه كأخت من أب أقرت بأخ لها في مسئلة فيها زوج وأخت من أبوين أو أقرت بأخ من أبوين سقط ميراثها ويقسم المال بين الزوج والاخت نصفين ان صدقها في الصورة الاولى وفي الثانية للزوج النصف والباقي بين الاخ والاخت على ثلاثة وان كذبها قلقر به هو السبع ففيه الأوجه الثلاثة في الصورة الاولى ويدفع الى الابوين في الصورة الثانية ، وان خفت زوجا وأما وأختين لأم وأختين لأب فأقرت إحداهما بأخ فاسقط ميراثها ولا شيء للاخ والاخرى خمس المال والباقي بين سائر الورثة على خمسة ان أقروا فاضرب بمئة في خمسة

وأخت من أم فسدائه من خمسة ، مات أخوه لأمه عن ثلاث أخوات مفترقات وهي من خمسة أيضا تضربها في الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخته لأبيه وأخت لأبيه فهي من ستة ثم مات أخوه لأمه عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة تضربها في الاولى تكن ثلاثين فان خلف بنتا وأخوين فلم يقسموا التركة حتى غرق الاخرا وخلف أحدهما زوجة وبنتا وهما وخلف الآخر ابنتين وابنتين الاولى من أربعة مات أحدهما عن سهم ومئة من مائة لاخته منها ثلاثة بين أولاده على خمسة رجعوا إلى اثنين تضربها في مائة تكن ستة وعشرون فريضة لا آخر من ستة يتقنان بالنصف فاضرب نصف إحداهما في الاخر تعد تكن ثمانية واربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين ليست نصفها ولأولاد الاخ عن أبيهم رجعا وعن مهم ثمانية عشر اجتمع لهم ستة وستون ولاسرة الاخ ستة وليست بأربعة وعشرون (فصل) وان علم أنهم مانا معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لان توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انما ذلك وإن علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم اشكل اعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يعطل الحواقيل القاضي وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث العرق الذين جعل حالهم والله أعلم .

باب ميراث أهل الملل

(لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم) اجمع أهل العلم على ان الكافر لا يرث المسلم وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسماء بن زيد وجابر بن

فكن ثلاثين ، وإن أنكرت الأم فلها العشر أيضا والباقي بين الزوج والاثنين من الأم على خمسة وإن أنكرته الاختان من الأم فلهما الخمس أيضا والباقي كله للزوج ونصح من عشرة وإن أنكره الزوج فله خمس وعشر فيبقى خمس المال لا يدعيه أحد يقرون به للاخت المقررة وهي تقر به لهم ففيه الأوجه الثلاثة إلا أننا إذا قلنا يقسم بينهم فلا شيء فيه للاخت المنكرة ولا للفقر به بحال لأنه لا يحتمل أن يكون له ماشي بحال (فصل) امرأة وعم ووصي لرجل بثلاث ماله فأقرت المرأة والعم أنه أخو الميت وصدهما ثبت نسبه وأخذ ميراثه ، وإن أقرت به المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر أقرارها شيئا وإن صدقها الآخر وحده فللمرأة الربع بكمالها إلا أن يميز الوصية ولعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصي ، وإن صدقها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث والمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه ففيه الأوجه الثلاثة ، وإن أقر به العم وحده فصدقه الوصي له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع المال والمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لأن الوصي له يعترف بإطلاق الوصية أو وقوفها على إجازة المرأة ولم تجزها ، ويحتمل أن يكون فيه الأوجه الثلاثة وإن لم يصدقها اخذ الثلث بالوصية والمرأة السدس بالميراث ويبقى النصف فيه الأوجه الثلاثة

عبد الله رضي الله عنهم ، وبه قال عمرو بن عثمان وعروة وزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمر بن دينار وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل وروى عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يرثوا الكافر من المسلم فحكى ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن عمار واسحاق وليس بموثوق به عنهم فإن أحمد قال : ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر ، وروى أن يحيى بن عمار احتج لقوله فقال : حدثني أبو الأسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال « الإسلام يزيد ولا ينقص » ولأننا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثونا

ولنا ما روى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم ، فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن إسلامه وبما ينشأ من البلاد لأهل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلته من يرتد وكثرة من إسلامه على أن حديثهم يحمل وحديثنا مفسر وحديثنا أصح فيتعين تقديمه « والصحيح أنه قال لا يرث أهل المال ولا يرثوننا » وقال في حجة الأشعث « يرثها أهل دينها »

(مسئلة) (الأن يسلم قبل قسم الميراث فيرثه وعنه لا يرث)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث مورثه المسلم فنقل الأثر ومحمد بن الحكم أنه يرث وروى نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد

﴿مسئلة﴾ قال (والقاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أو خطأ)

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه وهو رأي الخوارج لأن آية الميراث تتناولونه بصومها فيجب العمل بها فيه ولا تمويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه فإن عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المدحجي لأخيه دون أبيه وكان حذفه بسيفه فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة رضي الله عنهم فلم تذكر فكانت إجماعاً ، وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول : « ليس للقاتل شيء » ، رواه مالك في موطئه والامام أحمد بإسناده ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن البان بإسناده ورواهما ابن عبد البر في كتابه

وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « من قتل تبيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث » رواه الامام أحمد بإسناده ولأن تورث القاتل يفضي الى تكثير القتل لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فأرسل الله تعالى فيه قصة البقرة ، وقيل ماورث قاتل بعد عاميل وهو اسم

والحسن ومكحول وقتادة وحيد وإياس بن معاوية واسحاق فعلى هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي وبه قال الحسن وقتل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت : لا يرث قد وجبت الموارث لاهلها وهو المشهور عن علي رضي الله عنه ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهرى وسليمان ابن يسار والنخعي والحكم وأبو لؤناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم لقول رسول الله ﷺ « لا يرث الكافر المسلم » ولأن المالك قد انتقل بالموت الى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا ولأن المانع من الارث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقاً فأعتق

ولنا قول النبي ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد بن مسروق عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ وروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الاسلام فإنه على قسم الاسلام » وروى ابن عبد البر في التمهيد بإسناده عن زيد بن قتادة العبدي أن انساناً من أهل مات على غير الاسلام فورثته أخني دوني وكانت على دينه ثم أن جدي أسلم وشهد مع النبي ﷺ حينما نفوزي فلبثت سنة وكان ترك ميراثاً ثم أن أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان فخذته ابن ارقم أن عمر رضي الله عنهم قضى أنه من أسلم على ميراث قبل ان يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك لاول وشاركتني في هذا

(الجزء السابع)

(٢١)

(المغني والشرح الكبير)

القتيل ، فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم الى أنه لا يرث أيضا نص عليه أحد ويروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وروى نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والشعبي والثوري وشريك والحسن بن صالح ووكيع والشاذلي ويحيى بن آدم وأصحاب الرأي ، وورثه قوم من المال دون الدية وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والارزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروى نحوه عن علي لان ميراثه ثابت بالكتاب والسنة فخصص قاتل العمد بالإجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه

ولنا الاحاديث المذكورة ولان من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين والعمرات مخصصة بما ذكرناه

(فصل) والقتل الماتن من الارث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقود أو دية أو كفارة كالعمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وما ليس بمضمون بشيء مما ذكرنا لم ينم الميراث كالقتل قصاصا أو حداً أو دفعا عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة أو به باله فعله من سقي دواء أو بط جراح فوات ومن أمره إنسان عاقل كبير يبط خراجا أو قطع سلعة منه فتل ذلك ورثه في ظاهر المذهب

وهذه قصة اشتهرت فلم تذكر فكانت إجماعا ولأنه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته ثبت له الملك فيه ولو وقع إنسان في بئر حفرها لتعلق ضمائه بتركته بعد موته فجاز ان يتجدد حق من أسلم من ورثته ترغيبا في الاسلام وحناء عليه فاما إذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له فان كان الوارث واحداً ففي تصرف في التركة واحتازها كان كفسدها .

(مسألة) وان عتق عبد بمذمة موروثه وقبل القسم لم يرث وجهها واحداً

نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الاسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، وروى عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبدا فاعتق قبل ان يقسم ميراثه فقال له ميراثه ، وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من اعتق قبل القسمة لان الماتن من الميراث زل قبل القسمة أشبه مالو أسلم وقال أبو الحسن التميمي يخرج على قول من ورث المسلم ان يرث العبد إذا اعتق وليس بصحيح فان الاسلام قرينة وهو اعظم الطاعات والقرب ورد الشرع بالأياف عليها فورد الشرع بتوريثه ترغيبا له في الاسلام وحناء عليه والعتق لا صنع له فيه ولا يحمده عليه فلم يصح قيامه عليه ولولا ما ورد من الاثر في توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لان الملك ينتقل به إلى الورثة فيه متحقة فلا يبقى لمن حدث شيء وإنما خالفناه في الاسلام للأثر وليس في العتق أثر يوجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الاثر

قال أحمد إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه ، وقتل محمد بن الحكم من أحد في أربعة شهد واطل
أخهم بالزنا فرجعت فرجوا مع الناس يرثونها ثم غير قتلة ، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن
القتل بمنع الميراث بكل حال فإنه قال في رواية ابنه صالح وعبد الله لا يرث العادل الباغي ولا
يرث الباغي العادل ، وهذا يدل على أن القتل بمنع الميراث بكل حال ، وهذا ظاهر مذهب
الشافعي أخذاً بظاهر لفظ الحديث ولأنه قاتل فأشبهه الصبي والمجنون

وقال أبو حنيفة وصاحبه كل قتل لامأثم فيه لا يمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط
على انسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها إذا قتلت يدها أو فيها فإنه يرثه لأنه
قتل غير متهم فيه ولا مأثم فيه فأشبهه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن فيها عداه يبقى على
مقتضاها ، ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالحطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سواه باختياره فأفضى إلى
تلفه ، ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس
المعصومة وفي مسائلنا حرمان الميراث بمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفائها الحقوق المشروعة ولا يفضي

(فصل) ولو ملك ابن عمه فدبره فقتل بموته لم يرث لأنه رقيق حين الموت فإن قال أنت حر
في آخر حياتي عتق وورث لأنه حر حين الموت ، ويحتمل أن لا يرث لأن عتقه وصية له فيفضي
إلى الوصية لأورث :

(مسئلة) ويرث أهل الذمة بعضهم بعضاً إن اتفقت أديانهم

وجهة ذلك أن الكفار يتوارثون إذا كان دينهم واحداً لا يعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، ولا
فرق في ذلك بين أهل الذمة وغيرهم من الكفار لأن قول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا
الكافر المسلم » دليل على أن بعضهم يرث بعضاً ، وقول النبي ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار » دليل
على أن عقيلاً ورث أبا طالب دون جعفر وعلي لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل على دين أبيه مقبلاً
بمكة فكذلك لما قيل لابي ﷺ « أين تنزل غداً » قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع » وقال عمر في
حمة الأشعث بن قيس يرثها أهل دينها

(مسئلة) (وم ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين سائرهم)

اختلفت الرواية من أحد رحمه الله في ذلك فروي عنه حرب أن الكفر كله مائة واحدة اختارها
الحلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لأن تورث الآباء من الأبناء
والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكراً عاماً فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع وما لم يستثنه
يبقى على العموم ولأن قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم ، وروى عن

الى إجماع قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الأصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لانه قتل محرم وتقويت نفس معصومة والتوريث ينفي اليه بخلاف مسئلتنا . اذا ثبت هذا فالشارك في القتل في الميراث كالمفرد به لانه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظله قتل لم ير به وإن شهد بحق ورثه لانه غير مضمون

(فصل) أربعة أخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر فسقط القصاص عن الأكبر لان ميراث الثاني صار لثالث والأصغر نصفين فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه وورثه الأكبر فرجع اليه نصف دم نفسه وميراث الأصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الأصغر ورثه في ظاهر المذهب فان اقتصر منه ورثه وورث أخوته الثلاثة ، ولو أن اثنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباه الآخر فسقط القصاص عن القاتل الاول ووجب على القاتل الثاني لان الاول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وأمه ، فلما قتل الثاني أمه ورثها قال الأب صار له من دم نفسه ثمة فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فان قتله ورثه في ظاهر المذهب ، وإن جرح أحدهما أباه والآخر أمه وماتا في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل

أحمد أن الكفر ملل مختلفة اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لان قول النبي ﷺ لا يتوارث أهل ملتين شتى ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع عن أحمد نصري بما يذكر اقسام الملل ، وقال القاضي الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداهم لان من عداهم يجمعهم أنه لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثوري والليث وشريك ومغيرة الضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع وروي ذلك عن مالك وعن النخعي والثوري القولان هما وماروي عن أحمد أنه قال الكفر ملل مختلفة ويحتمل أن يكون مللا كثيرة تزيد على ثلاث فتكون المجرسية ملة وعبد الأوثان ملة وعبد الشمس ملة فلا يرت بعضهم بعضها بروي ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الأقوال ان شاء الله اختاره شيخنا لقول النبي ﷺ لا يتوارث أهل ملتين شتى روى أبو داود ولان كل فريقين منهم لاموالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضها كالمسلمين والكنانة والعمومات في التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس ولان مخالفينا قطعوا التوريث بين أهل الحرب وأهل دار الاسلام فمختلفهم في الملة أولى وقول من خص الملة بعدم الكتاب لا يصح لانه وصف غدي لا يقتضي حكما ولا جعما لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ، وقد افرق حكمهم فان المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لا يقرون بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضا فكانوا مللا كاليهود والنصارى ولانه قد روى الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه جعل الكفر مللا مختلفة ولم نعرف له مخالفا في الصحابة فيكون إجماعا

واحد منها مال الذي لم يقتله ولكل واحد منها القصاص على صاحبه وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منها القصاص على أخيه إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان، وإن عفا أحدهما عن الآخر فلا آخر قتل العاني وورثه في الظاهر وإن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر عنه، ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه بقتله لأن القصاصين لما تساوى وتعذر الجمع بين استيفائهما سقطا فلم يبق لها حكم فيكون المستوفي منها معتديا باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله، وإن أشكل كيفية موت الابوين وادعى كل واحد منهما أن قتيله أولها موتا خرج في توريثها ما ذكرناه في الفرقي من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك فالجواب فيها كالتالي قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة وأن يكون لكل واحد دية الآخر وماله.

(مسئلة) قال (ولا يرث مسلم كافرا ولا كافرا مسلما الآن يكون معتقافياً خذماله بالولاء)

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم، وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر بروى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم وبه قال

(مسئلة) (وإن اختلفت أديانهم لم يتوارثوا)

لما روى عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين شتى» رواه أبو داود، وعنه يتوارثون لأن مفهوم قوله عليه السلام «لا يرث الكافر المسلم» يدل على أنهم يتوارثون، وهذا يجبي على قولنا إن الكفر ملة واحدة على ما تقدم وهو قول أبي حنيفة والشافعي.

(مسئلة) (ولا يرث حربي ذمياً، ولا ذمي حربياً)

ذكره القاضي لأن الموالاة منقطعة بينهم ويحتمل أن يتوارثوا لأنهم من أهل ملة واحدة. قال شيخنا قياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديانتهم لأن السمومات من النصوص يقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بسومها، ومفهوم قوله عليه السلام «لا يتوارث أهل ملتين شتى» أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التورث بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ولأن مقتضى التورث موجود فيجب العمل به ما لم يتم دليل على تحقق المانع وقد نص أحد في رواية الاثرم فيمن دخل إلينا بأمان فقتل، أنه يمت بدبته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى ورثته، وروى أن عمرو بن أمية الضمري كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحبي الذين قتلوه وكانا أتيا النبي ﷺ في أمانه ولم يلم عمرو فقتلها فودعاها النبي صلى الله عليه وسلم ولا شك أنه يمت بدبتهما إلى أهلها.

عمر بن عثمان وعروة والزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمر بن دينار وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل

وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم . وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وشعيب بن المسيب ومسروق وعبد الله ابن معقل والشعبي والذهبي ويحيى بن يعمر والشافعي وليس بثق به عنهم فإن أحمد قال ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر وروي أن يحيى بن يعمر احتج بقوله تعالى حديث أبي الأسود أن معاذاً جده أن رسول الله ﷺ قال « الإسلام يزيد ولا ينقص » ولأننا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثوننا

ولنا ما روى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه . وروي أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم فأما حديثهم فيجتمعون أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن أسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلّة من يرتد وكثرة من أسلم ، وعلى أن حديثهم مجهول وحديثنا مفسر وحديثهم لم يتفق على صحته وحديثنا متفق عليه فتعين تقديمه والصحيح عن عمر أنه قال « لا يرث أهل الملل ولا يرثوننا » وقال في حمة الأشعث يرثها أهل دينها ، فأما المعنى إذا خالف دينه دين معتقه فنذكره في باب الولاء ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الإسلام ، وبهذا قال الشافعي ، قال القاضي ويرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت ، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ، ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لانه لا موالاة بينهم فعملوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتوريث وعدمه

ولا يعلم في هذا حجة من كتاب ولا سنة مع غفافته لعبوم النصوص المقتضي للتوريث ولم يثبتوا الدين في اتفاقه ولا اختلافه ، مع ورود الخبر فيه ومحت العبرة بها فإن المسلمين يرث بعضهم بعضاً وإن اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار

❦ مسألة ❧ (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يسلم قبل قسم الميراث)

لا نسلم خلافاً بين أهل العلم ان المرتد لا يرث أحداً ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك أنه لا يرث المسلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر » ولا يرث الكافر لانه يخالفه في حكم الدين لانه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم الدين الذي اتفق عليه ولهذا لا تحل ذمته ولا نكاح نسائه وإن انتقلوا الى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتد يزول

(فصل) فأما الكفار فيتوارثون إذا كان دينهم واحداً لا تعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، وقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر » دليل على أن بعضهم يرث بعضاً ، وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضاً ، وقول النبي ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار » دليل على أن عقيلاً ورث أبا طالب دون جعفر وعلي لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل على دين أبيه مقبلاً بمكة فباع رباعاً بمكة لذلك لما قيل للنبي ﷺ « أين تترك غداً ؟ » قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع » وقال عمر في حمة الأشعث بن قيس يرثها أهل دينها فإن اختلفت أديانهم فاختلف من أحد فروي عنه أن الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضاً . رواه عنه عن حرب واختاره الحلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي ودأود لأن توريث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكرأ عاماً فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ومالم يستثنه الشرع يقى على العموم ولأن قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم

وروي عن أحمد أن الكفر ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضاً اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لأن قول النبي ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع من أحد نهر بما يذكر أفسام الملل وقال القاضي أبو يعلى الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداهم لأن من عداهم بجميعهم أنهم لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم

أملاً كما الثابتة له أو استقرارها فلان لا يثبت له ملك أولى ولو ارتد متوارثان مات أحدهما لم يرثه الآخر لأن المرتد لا يرث ولا يورث ، فان أسلم قبل قسم الميراث ورث ، لما ذكرنا من الحديث وقد ذكرناه والخلاف فيه

(فصل) (والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا) . والزنديق الذي يظهر الاسلام ويستتر الكفر وهو الذي كان يسمى منافقاً ، في عصر النبي صلى الله عليه وسلم ، ويسمى اليوم زنديقاً ، قال أحمد : مال الزنديق في بيت المال .

(مسألة) (وإن مات على ردة فإله فيء ، وعنه أنه لورثته من المسلمين ، وعنه أنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في مال المرتد إذا مات أو قتل على ردة فروي عنه أنه يكون فيئا في بيت مال المسلمين . قال القاضي وهو الصحيح في المذهب ، وبه قال ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي وأبو ثور وابن المنذر

وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين يروى ذلك عن أبي بكر الصديق وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن . وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشافعي والحكم والأوزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل العراق وإسحاق إلا أن الثوري وأبا حنيفة والوفا وإسحاق

والثوري واليث وشريك ومغيرة والضبي وابن أبي بلى والحسن بن صالح ووكيم ، وروى ذلك عن مالك . وروى عن النخعي والثوري القولان معا ، ويحتمل كلام أحمد رضي الله عنه أن يكون الكفر مللا كثيرة فتكون الجوسية ملة وعبادة الاوثان ملة أخرى وعبادة الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضا روى ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأن كل فريقين منهم لاموالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار والعمومات في التوارث مخصصة فيخص منها عمل النزاع بالخبر والقياس ولأن مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الاسلام مع اتفاقهم في الملة لا تقطاع الموالاة فع اختلاف الملة أولى وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح فإن هذا وصف عديم لا يقتضي حكما ولا جمعا ثم لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ثم قد ائترق حكمهم فإن الجوس يقرن بالجزية وغيرهم لا يقر بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضا فكانوا مللا كاليهود والنصارى . وقد روى ذلك عن علي رضي الله عنه فإن اماعيل بن أبي خالد روى عن الشعبي عن علي عليه السلام أنه جعل الكفر مللا مختلفة ولم يعرف له مخالف في الصحابة فيكون اجماعا

(فصل) وقياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لأن العمومات من النصوص تقتضي تورثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا اجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل

قالوا ما اكنسبه في ردهه يكون فيئا ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارقه ووجه ذلك أنه قول الخافقين الراشدين فانه يروى عن زيد بن ثابت قال : بشني أبو بكر عند رجوعه الى أهل الردة أن اقسام مالم بين ورثتهم المسلمين ، ولأن ردهه ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته من المسلمين كما لو انتقل بالموت .

وروى عنه رواية ثالثة أنه يكون لأهل الدين الذي اختاره أن كان منهم من يرثه وإلا فهو فيء . وبه قال داود . وروى ذلك عن علقمة وسعيد بن أبي عروبة لأنه كافر فورثه أهل دينه كالحربي واثار الكفار والمشهور الاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأنه كافر فلا يرثه المسلم ، كالكافر الاصلي ولأن ماله مال مرتد فأشبهه الذي كسبه في ردهه ولا يمكن جملة لأهل دينه لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الاديان ولأنه يخالفهم في حكمهم فانه لا يقر على ما انتقل اليه ولا تؤكل ذبيحته ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبهه الحربي مع الذمي فان قيل إذا جلمتموه فيئا فقد ورثتموه للمسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فيئا كما يأخذ مال الذمي الذي لم يخلف وارثا وكالمشور

(فصل) وقد ذكرنا أن الزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث وقال مالك في الزنديق الذي

بعمومها ومفهوم قوله عليه السلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه بتوارث أهل ملتين شتى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه بالتوزيت بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ، ولأن مقتضى التورث موجود فيجب العمل به ما لم يقدم دليل على تحقق المناقض . وقد نص أحمد في رواية الأثرم في من دخل إلينا بأمان فقتل أنه يبعث بدبته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى الورثة

وقد روي أن عمرو بن أمية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحمي الذي قتلوه وكانا أنبا النبي ﷺ في أمان ولم يعلم عمرو فقتلها فوداهما النبي ﷺ ولا شك في أنه بعث بدبتهما إلى أهلها

وقال القاضي قياس المذهب عندي أنه لا يرث حربي ذمياً ولا ذمي حربياً لأن المولاة بينهما منقطعة ، فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الاسلام وبهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وبه قال أبو حنيفة ، لا أن المستأمن لا يرثه الذمي لأن دارهما مختلفة قال القاضي ويرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء أتفقت ديارهم أو اختلفت وهذا قول الشافعي

يهم بذمي ورثته عند موته : ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد إذا حضره الموت ، قال : ورثته زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض ، كالذي يطلقها زوجها في مرض موته ليحرمها الميراث لأنه قار من ميراث انعقد بسبب ميراثه فوراً كالطلاق في مرض الموت .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر »

قال شيخنا وقياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتد في مرض موته ورثه الآخر لأنه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته أشبه الطلاق ، وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها لا يسقط ميراث زوجها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل ما في الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف إذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها .

وروي اللؤلؤي عن أبي حنيفة إذا ارتد الرجل فقتل على رده أو لحق بدار الحرب بانت منه امرأته ، فإن كانت مدخولاً بها ورثته في عدتها وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم ترثه وإن ارتدت المرأة في غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لأنها عندهم لا تقتل فلم تكن قارة من ميراثه بخلاف الرجل (فصل) (وارتداد الزوجين معاً كارتداد أحدهما فيفسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقاً بدار الحرب أو أقاماً بدار الاسلام) . وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا ارتدا معاً لم يفسخ النكاح ولم يتوارثا .

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام ولو ارتدا جميعاً ولها أولاد صغار لم يتبعوهم

رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثوا لأنهم لا مولاة بينهم أشبه أهل دار الحرب فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتوريث وعدمه ، ولا نعلم في هذا كله حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفة لعموم النص المقتضي للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفاقه ولا اختلافه مع ورود الخبر فيه وصحة العبارة فيها فإن المسلمين يرث بعضهم بعضاً وإن اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار ولا يرث المسلم كافراً ولا الكافر مسلماً لاختلاف الدين بهم وكذلك لا يرث مختلفا الدين أحدهما من صاحبه شيئاً

(مسألة) قال (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحداً وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه لا يرث مسلماً لقول النبي ﷺ : لا يرث كافر مسلماً ، ولا يرث كافراً لأنه يخالفيه حكم الدين لأنه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم أهل الدين القدي انتقل إليه ولهذا لا نعلم ذبحته ولا ذكاح نسائهم وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتد

في زنتهم ولم يرثوا منهم شيئاً ولم يحز استرقاقهم سواء ألحقهم بدار الحرب أو لا ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سبيهم ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الإسلام فلما من ولد بعد الردة ستة أشهر فذكر الخرق ما يدل على أنه يجوز استرقاقه وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي ، والقول الثاني لا يسبون وهو منصوص الشافعي (فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإن أسلم المجوس أو نحاكوا إلينا ورثوا بجميع قراباتهم إن أمكن ذلك) .

نص عليه أحمد وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه ، وبه قال الثوري والنخعي وقادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم وإسحاق وداود والشافعي في أحد قوليه واختاره ابن اللبان .

وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرايتين وهي التي لا تسقط بحال ، وبه قال الحسن والزهري والأوزاعي ومالك والليث وحماد ، وهو الصحيح عن الشافعي وعن عمر بن عبد العزيز ومالك حول والشمي القولان جميعاً واحتجوا بأنهما قرابتان لا يرث بهما في الإسلام فلا يرث بهما في غيره كما لو أسقطت أحدهما الأخرى .

ولنا أن الله تعالى فرض للام الثلث والاخت النصف فإذا كانت الأم أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله تعالى لها في الاثنين كالشخصين ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تنجب أحدهما الأخرى ولا يرجع بها فترث بهما مجتمعين كزوج هو ابن عم ، أو ابن عم هو أخ لأُم ولثوي الأرحام

تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها فلأن لا يثبت له ملك أولى . ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر فإن المرتد لا يرث ولا يورث وإن رجع المرتد إلى الإسلام قبل قسم الميراث قسم له على ما سنده في المسئلة التي بعدهما إن شاء الله تعالى

(فصل) والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا ، وزنديق هو الذي يظهر الإسلام ويستتر بالكفر وهو المنافق كلن يسمى في عصر النبي ﷺ منافقا ويسمى اليوم زنديقا ، قال أحمد مال الزنديق في بيت المال (فصل) إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال ولم يرث أحدهما الآخر وإن كانت ردة بعد الدخول ففيه روايتان (أحدهما) يتعجل الفرقة (والأخرى) يقف على اقتضاء العدة وأيهما مات لم يرث الآخر

(مسئلة) قال (وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم فنقل الأثر ومحمد بن الحكم أنه يرث وروى نحوه هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول

المدين بقرايتين وقياسهم فاسد لأن القرايتين في الأصل تسقط أحدهما الأخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص واحد وقولهم لا يورث بهما في الإسلام ممنوع فإنه إذا وجد ذلك من وطئ شبهة في الإسلام ورث بهما ثم إن امتناع الإرث بهما في الإسلام لعدم وجودهما فلو تصور وجودهما ورث بهما بدليل أنه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج أو أخ من أم . قال ابن اللبان واعتبارهم عندي فاسد من قبل أن الجدة تكون اختاً لأب فإن ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الاخت دونها لزمهم توريثها لكونها اختاً لكون الأم تسقط الجدة دونها وخالفوا نص الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لانص للكتاب في فرضها وهو مختلف فيهم فذهب من قال هو طعمة وليس بفرض مسمى ويلزمهم أن الميت إذا خلف أمه وأم هي اخت أن لا يورثها شيئاً لأن الجدودة محبوبة وهي أقوى القرايتين وحبوا الأخوة بآرة أقوى ونارة أضعف وإن قالوا أقوى القرايتين الأخوة لأن ميراثها أوفر لزمهم في أم هي اخت جدل الأخوة أقوى من جهة الأمومة ويلزمهم في إسقاط مع الابن والأخ من الابوين ما لزم القائلين بتقديم الجدودة نعم الأم فإن قالوا توريثها بالقرايتين يفضي إلى حجب الأم بنفسها إذا كانت اختاً وللميت اخت أخرى قلنا وما المانع من هذا فإن الله تعالى حجب الأم بالاختين بقوله فإن كان له أخوة فلا ماله السدس من غير تقييد بنيرها ثم حججوها عن ميراث الاخت بنفسها فقد دخلوا فيها أنكره بل هو أعظم لأنهم فروا من حجب التقييد إلى حجب الإسقاط فاسقطوا الفرض الذي هو أركن بالكلية محافظة على بعض الفرض الأدنى وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله تعالى لأنهم أعطوا الأم الثلث وإنما فرض الله تعالى لها مع الإختين السدس والثاني إن الله تعالى

وقتادة وحيد وإيأس بن معاوية وإسحاق ، فلي هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي ، وبه قال الحسن ، وتقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت لا يرث قد وجبت الموارث لاهلها ، وهذا المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطارس والزهرى وسليمان بن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنه وعامة الفقهاء انقول النبي ﷺ « لا يرث الكافر المسلم » ولان المالك قد انتقل بالموت إلى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو انقسموا ولان الماتم من الارث تمتحق حال وجود الموت فلم يرث كالمات كان رقيقاً فاعتق أو كالمات على كفره ولنا قول النبي ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد بن طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ : وروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الاسلام فهو على قسم الاسلام »

وروى ابن عبد البر بإسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري ان انساناً من أهله مات على غير دين الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم ان جدي أسلم وشهد مع النبي ﷺ حينئذ توفي فلبثت سنة وكان ترك ميراثاً ثم ان أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان رضي الله عنه فخذته عبد الله بن أرقم ان يهرقني انه

أما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثاً فاعطوا احدهما النصف كاملاً ، والثالث ان الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان اختان فلم يجعلوا لهما الثلثين الرابع ان مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه اخت فلم يعطوها بكونها اختاً شيئاً هذا كله معنى كلام ابن اللبان

(فصل) والمسائل التي يجتمع فيها قرابتان ويصح الارث بهما ست احداهن في الذكور وهو عم هو اخ لام وخمس في الاناث وهي بنت هي اخت او بنت ابن وام هي اخت وام ام هي اخت لاب وام اب هي اخت لام فن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنة والامومة دون الاخوة وبنة الابن واختلفوا في الجدة اذا كانت اختاً فمنهم من قال الجدودة اقوى لانها جدة ولادة لا نسقط بالولد ومنهم من قال الاخوة اقوى لانها اكثر ميراثاً وقال ابن شريح وغيره هو الصحيح ومن ورث بأقوى القرابتين لم يحجب الام بأخوة نفسها الا ما حكاه سخون عن مالك انه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك ومتى كانت البنت اختاً والميت رجل فهي اخت لأومتي كان امرأته فهي اخت لاب فان قيل ام هي اخت لام او ام ام هي اخت لام أو ام أب هي اخت لاب فهو محال

(مسئلة) اذا خلف امة وهي اخته من ابيه وعماً فن ورثها بقرابتين جعل لها الثلث بكونها أما والنصف بكونها اختاً لاب والباقي للعم فان كان معها أخت أخرى لم ترث بكونها أما الا السدس لانها انحجبت بنفسها وبالاخت الأخرى ومن ورثها بأقوى القرابتين ورثها الثلث بكونها أما ولم يحجبها بنفسها (مسئلة) ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم ولا بنكاح لا يقرون عليه ، لو أسلموا

المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم اذا أسلموا وتحاكوا اليها قال شيخنا لانهم خلافا

من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فيه نصيبه ففرضه ثمان فذهب بذلك لاول وشاركني في هذا وهذه قضية انتشرت فلم تذكر فكانت اجماعاً ولأنه لو تجدد له عيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته ثبت له المالك فيه ، ولو وقع انسان في بئر حرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته فجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيباً في الاسلام وحناً عليه ، فأما اذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له وإن كان الوارث واحداً فاذا تصرف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها (فصل) ومن كان رقيقاً حين موت موروثه فأعتق قبل القسمة لم يرث ، نص عليه أحمد رضي الله عنه ، في رواية محمد بن الحكم ورفق بين الاسلام والعق وعل هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم . وروى عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبداً فأعتق قبل أن يقسم ميراثه فقال له ميراثه .

وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من أعتق قبل القسمة لأن المانع من الميراث زال قبل القسمة فأشبه مالو أسلم ، قال أبو الحسن النخعي يخرج على قول من ورث المسلم أن يرث العبد اذا أعتق وليس بصحيح فان الاسلام قرينة وهو أعظم الطاعات ، والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها

في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم فأما غيره من الانكحة فكل نكاح اعتقدوا صحته وأثروا عليه بعد اسلامهم توارثوا به سواء وجد بشرطه المعتبرة في نكاح المسلمين أولاً وما لا يقرون عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثم نكحها ثم أسلم لم يقرأ عليه وان مات أحدهما لم يرثه الآخر وكذلك إن مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع وأصل الاختلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه أن أسلم أو نكح كالألينا ونذكر ذلك في نكاح الكفار إن شاء الله تعالى

(فصل) وإذا مات ذمي لا وارث له كان ماله فينا وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كن ليس له وارث الا أحد الزوجين لانه مال ليس له مستحق معين فكان فينا كمال الميت المسلم الذي هو كذلك مسائل من هذا الباب مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتاً ثم مات عنها فلها الثلثان لأنها ابنتان ولا تترك الكبرى بالزوجية في قول الجميع فان ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتاً هي أخت لآب فلها النصف بالبنوة والباقي بالأخوة وإن ماتت الصغرى أولاً فقد تركت أما هي أخت لآب فلها النصف والثلث بالقرايتين ومن ورث بأقوى القرايتين لم يورثها بالأخوة شيئاً في المسئلتين وقال بن شرح يحتمل قول الشافعي تورثها بالقرايتين في المسئلة الاولى لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتخصيب لتورثته ابن العم اذا كان زوجاً أو أخاً لأم وأما منع الارث بفرضين فان كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لآب وان لم تمت الكبرى بل ماتت إحدى الصغيرتين فقد تركت أختاً لابوين وأما هي أخت لآب فلهاها السدين بكونها أما والسدين بكونها أختاً لآب

فورد الشرع بتوريته نفيها له في الاسلام وحذا عليه والعنق لاصنع له فيه ولا يعمد عليه لم يصح قياسه عليه ولولا ماورد من الأثر من توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لأن المالك ينتقل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء ، لكن خاصة في الاسلام للأثر ، وليس في العنق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الأثر فيبقى على موجب القياس .

(مسئلة) قال (ومتى قتل المرتد على ردة فاه فيه)

اختلفت الرواية عن أحد في مال المرتد اذا مات أو قتل على ردة فردى عنه أن يكون فينا في بيت مال المسلمين ، قال القاضي هر صحيح في المذهب وهو قول ابن عباس وريمة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي رضي الله عنه وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد ما يدل على أنه لو رثته من المسلمين ، ووردي ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال ابن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والأوزاعي والثوري وابن شبرنة وأهل

وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللأخت النصف وعلى القول الآخر لها الثلث بالأمومة ولا شيء لها بالأخوة ولا تنحجب بها وللأخت النصف فقد استوى الحكم في القولين وان اختلف طريقهما وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها وان أولدها الجوسي ابناً وبنتاً مات وماتت الصغرى بعده فقد خالفت أمها هي أخت لآب وأخا لآب وأم فلامها السدس والباقي للأخ ولا شيء للام بالأخوة لان الأخ للابوين يحجبها وعلى القول الآخر للام الثلث كالأخ إذا تزوج الجوسي أمه فأولدها بنتاً ثم مات فلامه السدس ولا بنته النصف ولا ترث أمه بالزوجة ولا ابنته بكونها أختاً لأم شيئاً وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن فلها الثلثان بالفرايتين وعلى القول الآخر لها النصف وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أمها هي أم أب فلها الثلث بالأمومة لا غير على القولين جميعاً وان تزوج ابنته فأولدها بنتاً ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتاً ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختها لآبها أحداً بنتها والآخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقي للصغرى وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختها أحداً أمها والآخرى بنتها فلامها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر الباقي للصغرى وإن ماتت الصغرى بعد فقد خلفت أختها أحداً أمها والآخرى جدتها فلامها السدس والثلثان بينهما وقد انحجبت الأم بنفسها وبأبها عن السدس وعلى القول الآخر من قبل الأخوة أقوى فللكبرى النصف وللوسطى الثلث والباقي للصغرى ومن جعل الجدودة أقوى لم يورث الكبرى شيئاً لأنها لا ترث بالأخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدودة لكونها محجوبة بالأمومة وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لآب فلها الثلثان

المرق واسحاق لان اشوري وأبا حنيفة والأولوي واسحاق قالوا ما اكتسبه في رده يكون فينا ولم يفرق أصحابنا بين نلاد ماله وطارف. ووجه هذا القول أنه قول الخليفة الراشدين فإنه يروى عن زيد بن ثابت قال بشي أبر بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين ، ولأن رده ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت

وروي عن أحمد رواية أن ماله لأهل دينه الذي اختاره إن كان منه من يرثه وإلا فهو في ، وبه قال داود ، وروي عن علقمة وسعيد بن أبي عروبة لأنه كافر فورثه أهل دينه كالحربي وسائر الكفار والمشيء الأول لقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأنه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الأصلي ، ولأن ماله مال مرتد فأشبهه الذي كسبه في رده ، ولا يمكن جعله لأهل دينه لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان ، ولأنه بخالفهم في حكمهم فإنه لا يقر على ما انتقل إليه ولا تؤكل له ذبيحة ولا يحل زكاهه إن كان امرأة فأشبهه الحربي مع الذي ، فإن قيل إذا جعلتموه فينا فقد ورثتموه المسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فينا كما يؤخذ مال الذي إذا لم يخلف وارثا وكالمشور

بالقرايين ومن ورث باحداهما فلها السدس عند قوم وعند ابن شريح ومن وافقه لها النصف وهي اختيار الحبري ، مجوسي تزوج أمه فأولدها بنتاً ثم تزوج بنته فأولدها ابناً ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتاً ثم مات المجوسي ثم مات أمه فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن وبنتاً أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبرى أربعة وللصغرى ثلاثة وللذكر سهمان وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فإن مات بعده بنته فإن الكبرى جديتها أم أيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرايين وفي الثاني لها سدس باحداها (فصل) وإن وطئ مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها وولدت له واتفق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء

(فصل) في الزويج في المرض والصحة ، حكم النكاح في الصحة ، والمرض سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك أي الزوجين كان مريضاً مرضاً مخوفاً حال عقد النكاح فالتكاح قاصد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لا يرث كالامة والذمية فقال بعضهم يصح لأنه لا يتم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون واردة وقال ربيعة وابن أبي ليلى الصداق والميراث من الثلث وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينها وعن القاسم بن محمد والحسن ان قصد الاضرار بورثته فالتكاح باطل وإلا فهو صحيح

(فصل) والزندق كالرند لا يرث ولا يورث ، وقال مالك في الزندق الذي يهتم بزني وراثته عند موته ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد اذا حضره الموت قال وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض كالحاي بطلانها زوجها في مرض مولا يحرمها الميراث لانه فار من ميراث من انقضت سبب ميراثه فوراً كالملقة في مرض الموت

ولنا قول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر » وقياس المذهب أن أحد الزوجين اذا ارتد في مرض مولا يرثه الآخر لانه فعل ما يفسخ النكاح في مرض مولا فاشبه الطلاق وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف اذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها
وروى المؤلف عن أبي حنيفة اذا ارتد الرجل قتل على رذته ألحق بدار الحرب بانت منه امرأته فان كانت مدخولاً بها وراثته اذا كان ذلك قبل انقضائها عدتها ، وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم يرثه ، وإن ارتدت المرأة من غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لانها عندم لا تقتل فلم تكن قارة من ميراثه بخلاف الرجل

ولنا أنه عقد معاوضة يصح في الصحة فصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في عمله بشرطه فصح كحال الصحة وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أصدق كل واحدة ألفاً ليعتيق بهن على امرأته ويشركنها في ميراثها فأجيز ذلك واذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده لعموم الآية ولأن النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق أن لها الميراث وكان زوجها مات عنها قبل الدخول بها ولم يكن فرض لها صداقاً ولأن النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لانه ليس بنكاح شرعي ومتى اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالنصوص عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا بدري أبها تزوج أولاً؟ أنه يفرق بينهما وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئاً قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يفرع بينهما فعلى هذا الوجه يفرع بينهما في الميراث إذا مات عنهما وعن النخعي والشمسي ما يدل على أن الميراث يقسم بينهما على حسب الدعوى والتزبل كيراث أختين وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي يتوقف المشكوك فيه من ذلك حتى ينظرن عليه أو يتبين الأمر فلو تزوج امرأة في عقد وارداً في عقد ثم مات وخلف أختاً ولم يعلم أي القدين سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعى مهر أكملها ينكره الآخر فيعطى كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعى الواحدة والاربع فيقسم نصف الواحدة ونصف الاربع وعند الشافعي أكثر ما يجب عليه أربعة مهور فيأخذ

(فصل) وارتداد الزوجين معا كارتداد أحدهما في فسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقنا بدار الحرب أو أقامنا بدار الاسلام ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا ارتدا معا لم يفسخ النكاح ولم يتوارثا لأن المرتد لا يرث المرتد مادام في دار الاسلام فإن لحقنا بدار الحرب توارثا

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام . ولو ارتدا جميعا ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم في ردتهم ولم يرقوا منهم شيئا ولم يجوز استرقاقهم سواء لحقوهم بدار الحرب أو لم يلحقوهم ، وبهذا قال الشافعي رحمه الله وقال أبو حنيفة وأصحابه من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتدأ يجوز سبيهم ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الاسلام ، فأما من ولد بعد الردة بسنة أشهر فذكر الحرق رضي الله عنه ما يدل على أنه يجوز استرقاقه ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والقول الثاني لا يسبون وهو منصوص الشافعي .

(فصل) فإذا لحق المرتد بدار الحرب وقف ماله فإن أسلم دفع إليه وإن مات صار فيثا ، وبهذا قال مالك والشافعي رضي الله عنهما وجعل أهل العراق لحاقه بدار الحرب كونه في زوال ملكه وصرف

ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربهما ميراثاً ويدعي الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران ورابع بين الاربع والاخ ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ

(فصل) فإن تزوج امرأة في عقد واثنين في عقد وثلاثاً في عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى النكاح في الخمس ، فعلى قول أهل العراق لمن مهران يقيين والثالث لمن في حال دون حال فيكون لمن نصفه ثم يقسم ذلك بينهم لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لمن ميراثاً فالواحدة ربهما يقيناً وتدعي نصف سدسه فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه وثمته وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنان يدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهماً فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهماً فيعطين تسعة وهذا قول محمد بن الحسن ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة بين الثلاث والاثنين نصفين فيصير الرابع من ثمانية وأربعين ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في ثمانية وأربعين تسكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال ، وعند الشافعي تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور مهران منها بين الخمس ومهر تدعي الواحدة والاثنان ربهما ميراثاً وتدعيه الثلاث مهر أو يؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربهما إلى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلاثة بين الثلاث والاثنين موقوف فإن طلبت واحدة من الخمس شيئاً من الميراث الموقوف لم يدفع إليها شيء وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لا يدفع إليه شيء وإن طلب واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنين دفع إليهما ربع الميراث وإن طلبه واحدة

ماله إلى من يصرف إليه إذا مات فإن عاد إلى الإسلام فله ما وجد من ماله ولا يرجع على ورثته بشيء مما ألتفوه إلا أن يكونوا اقتسموه بغير حكم حاكم ولم يختلفوا فيها اكتسبوه في دار الحرب أو أخرجه من ماله إلى دار الحرب أنه فيء ، وقال أبو بكر عبد العزيز إذا ارتد المسلم زال ملكه عن ماله ولم يصح تصرفه فيه بشيء من التصرفات فإن أسلم رد إليه مملوكاً مستأنفاً ، قال أبو يوسف إنما أحكم بموته يوم يختصمون في ماله لا يوم لحاقه بدار الحرب

ولنا أنه حر من أهل التصرف ويبقى ملكه بعد إسلامه فلم يحكم بزوال ملكه كما لو لم يرتد ويجب رده ما أخذ من ماله أو ألتف عليه كفره

(فصل) ومتى مات الذمي ولا وارث له كان ماله فياً ، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كن ليس له وارث إلا أحد الزوجين فإن الفاضل عن ميراثه يكون فياً لأنه مال إيس له مستحق معين فكان فياً كمال الميت المسلم الذي لا وارث له

(فصل) في ميراث الميراث ومن جرى مجراهم ممن يتكح ذوات المحارم إذا أسلموا وتحاكروا البناء لانعلم ابن علماء المسلمين خلافاً في أنهم لا يرثون بتكاح ذوات المحارم ، فاما غيره من الانكحة بكل

من الاثنتين واثنان من الثلاث أو الثلاث كلهن دفع اليهن ثلثه وإن عين الزوج المنكوحات أولاً قبل تعيينه وثبت ، وإن وطئ واحدة منهن لم يكن ذلك تعييناً وهذا قول الشافعي ، وللموطوءة الأقل من المسمى أو مهر المثل ويكون الفضل بينهما موقوفاً وعلى قول أهل العراق يكون تعييناً فإذا كانت الموطوءة من الاثنتين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث ، وإن كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين وإن وطئ واحدة من الاثنتين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق البدوء بوطء واحدة منه وللموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثلاً ، فإن أشكل أيضاً أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة ويشكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم ، وعند الشافعي لا حكم للوطء في التعيين وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج فيه قولان فعلى قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل للموطوءتين تعطى كل الأقل من المسمى أو مهر المثل ويقف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنتين ، والميراث على ما تقدم ، وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة أبت طلاق أحدها ثم نكح خامسة ومات ولم يدر أيهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربعة ثلاثة أرباعه يبنهن وهذا مذهب أبي حنيفة إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة ، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة إحدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل ان يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة الأرباع

نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد اسلامهم توارثوا به سواء وجد بشرطه المعتبرة في نكاح المسلمين أو لم يوجد وما لا يتروون عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به ، والمحوس وغيره في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثلاثاً ثم نكحها ثم أسلم ومات أحدهما لم يقرأ عليه ولم يتوارثا به ، وكذلك ان مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجيعم ، وإن تزوجها بغير شهود ثم مات أحدهما ورثه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهم ، وقال زفر والؤلؤي لا يتوارثان ، وإن تزوج امرأة في عدتها توارثا في ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه فإنه قال إذا أسلمها وقد نكحها في العدة أقرأ عليه ، وهذا قول أبي حنيفة وقال القاضي ان أسلمها بعد انقضاء العدة أقرأ وإن أسلم قبل لم يقرأ فعلى هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثا وإن مات بعده توارثا ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه وتأول القاضي رواية أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة ، وإن تزوجها وهي حبلى من زوج أو زنا فالحكم فيه كاتى قبلها سواء لان الزنا موجب للعدة ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه في الحامل من زوج ، وقال أبو حنيفة وأصحابه في الحامل من زوج لا يتوارثان ، وقال أبو حنيفة والشافعي في الحامل من الزنا يتوارثان وقال أبو يوسف وزفر والؤلؤي لا يتوارثان ، وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه إذا أسلما أو نكحها كما أينا ونذكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى

الباقية وما بقي بين الأربع الاول ارباعا وفي قول الشافعي ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم ﴿ باب ميراث المطلقة ﴾

(إذا طلقها في صحته أو مرض غير مخوف طلاقاً بائناً قطع التوارث بينهما)
وجلة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته في صحته طلاقاً بائناً أو رجعياً فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً لزوال الزوجية التي هي سبب الميراث وكذلك ان طلقها في مرض غير مخوف لان حكم الطلاق فيه حكم الطلاق في الصحة ، فان طلقها في المرض المخوف فصح من مرضه ذلك ومات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروي عن النخعي والشافعي والثوري وزفر أنها ترثه لأنه طلاق في مرض مخوف قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كما لو لم يصح

ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالطالقة في الصحة ولان حكم هذا لمرض حكم الصحة في العطايا والعناق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكره يبطل بما إذا صد الفرار في الصحة

(مسألة) (وان كان الطلاق رجعياً لم يقطعه ما دامت في العدة)

سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن سعود رضي الله عنهم وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه ويملك امساكها لرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صدقات جديد

(فصل) تأما القرابة فيرثون جميعها إذا أمكن ذلك نص عليه أحمد وهو قول عمرو بن دينار ومسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه وبه قال النخعي والثوري وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ومجيب بن آدم واسحاق وداود والشافعي رضي الله عنهم في أحد قوايه واختاره ابن الأبن وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرايتين وهي التي لا تسقط بحال، وبه قال الحسن والزهرى والأوزاعي ومالك والليث وحمام وهو الصحيح عن الشافعي، وعن عمر بن عبد العزيز ومكحول والشافعي القولان جميعاً واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الإسلام فلا يورث بهما في غيره كالأقارب أحدهما الأخرى ولنا أن الله تعالى فرض الام الثالث وللأخت النصف فإذا كانت الام أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين كالشخصين ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب أحدهما الأخرى ولا ترجعها فترث بهما مجتمعتين كزوج هو ابن عم أو ابن عم هو أخ من أم وكذوي الأرحام المدلين بقرايتين، وقيل بهم فاسد لان القرايتين في الأصل تسقط أحدهما الأخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص، وقولهم لا يورث بهما في الإسلام ممنوع فإنه إذا وجد ذلك من وطء شبهة في الإسلام

(مسئلة) (وان طلقها في مرض الموت الحرف طلاقاً لا يترث فيه بأن سألته الطلاق أو علق طلاقها على فعل لمانته بدفعه أو لمانته على شرط في الصحة فوجد في المرض أو طلق من لا يرث كالأمة والدة فقعت وأسلمت فهو كطلاق الصحيح في أصح الروايتين)

إذا سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال القاضي فيه روايتان (إحدهما) لا ترثه لأنه ليس بنار (والثانية) ترثه لأنه طلقها في مرضه وهو قول مالك، وكذلك الحكم إذا خالها أو علق الطلاق على مشيتها فسادت أو على فعل من جهتها لما منه بد ففعلته أو خيرها فاختارت نفسها، والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه لأنه لا فرار منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي فإن لم تعلم بتعليق طلاقها ففعلت ما عاق عليه ورثته لأنها معذورة فيه، ولو سألته طلاقاً فطلقها ثلاثاً ورثته لأنه أبانها بما لم يطلبه منه فإن باق طلقها على شرط في الصحة فوجد في المرض كقدوم زيد ومجيب زيد وصلاتها الفرض بانت ولم ترثه وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح (مسئلة) (فان طلق الزوج المسلم امرأته القسية أو الأمة في المرض طلاقاً بائناً أسلمت القسية وعنت الأمة ثم مات في عدتهما لم يرثاه لأنه لم يكن عند الطلاق قاراً)

وفيه رواية أخرى أنها ترث لأنه طلاق في مرض الموت فورثته كغيرها هكذا ذكره شيخنا في الكتاب المشروح ولم يذكر في المغني والدكافي هذه الرواية الأخيرة

(فصل) فان قال لها أننا طالقاً غداً فقعت الأمة وأسلمت القسية لم يرثاه لأنه غير قار

(مسئلة) (وان قال سيد الأمة أنت حرة غداً فطلقها اليوم وهو يعلم بقول السيد ورثته)

لأنه قار وان لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولم أعلم فيه مخالفاً

ورث بهما ثم ان امتناع الارث بهما في الاسلام لعدم وجودهما ، ولو تصور وجودهما لورث بهما بدليل انه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج أو أخ من أم

قال ابن القيان : واعتبارهم عندي قائم من قبل ان الجدة تكون أختا لأب ، فان ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الاخت دونها لزمهم توريثها بكونها أختا لكون الام تسقط الجدة دونها وخالفوا نص الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لا نص للكتاب في فرضها ، وهو مختلف فيه ففهم من قال هو طامة وليس بفرض مستحق^(١) ويلزمهم ان الميراث إذا خلف أمه وأم أم هي أخت ان لا يورثوها شيئا لان الجدودة محبوبة وهي أقوى القرابتين ، وان قالوا نورثها مع الام بكونها أختا فقصوا اعتبارهم بكونها أقوى القرابتين وجعلوا الاخوة تارة أقوى وتارة أضعف ، وإن قالوا أقوى القرابتين الاخوة لان ميراثها أوفر لزمهم في أم هي أخت جعل الاخوة أقوى من جهة الامومة ، ويلزمهم في إسقاط ميراثها مع الابن والاخ من الابوين ما لزم القائلين بتقديم الجدودة مع الام . فان قالوا توريثها بالقرابتين ينفي الى حجب الام بنفسها إذا كانت أختا والميراث أخت أخرى قلنا وما المانع من هذا ؟ فان الله تعالى حجب الام بالاخين بقوله (فان كان له اخوة فلامه النسب) من غير تقييد بغيرها ثم قد حجبوها عن ميراث

(١) في نسخة مسمى

(فصل) إذا قال لامرأته في محنته إذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المريض سواء وان أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثا لم يقبل أقراؤه عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبه قال مالك وأبو حنيفة ويقبل عند الشافعي ولنا أنه أقر بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بما لها (مسألة) (وان كان متبعا بقصد حرمانها الميراث مثل أن طلقها ابتداء أو علقه على فعل لا بد لها منه كالصلاة ونحوها فنقضته أو قال للامة ارضية اذا أسلمت أو عتقت فأنت طالق أو علم أن سيد الامة قال لها أنت حرة غدا فطلقها اليوم ورثته مادامت في العدة ولم يرثها)

وجعلته أنه إذا طلقها في المرض المخوف طلاقا بائنا ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها ان مات يروي هذا عن علي وعمر وعثمان ، وبه قال شريح وعروة والحسن والشعب والشافعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي القديم ، وروي عن عبد الله بن الزبير لا ترث متهمة يروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن موف وهو قول الشافعي الجديد لانها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة أو كالمطلقة باختيارها ولان أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولا . وليس لها شيء من هذه الاسباب

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ الكلابية من عبد الرحمن بن موف وكان طلقها في مرضه فثبت واشهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان إجماعا لم يثبت عن علي وعبد الرحمن خلاف هذا بل قد روي عروة أن عمر قال لعبد الرحمن ان مت فلا ورثها منك نل قد علمت ذلك ، وماروي عن ابن

الاخت بنفسها فقد دخلوا فيما أنكروه بل هو أعظم لانهم فروا من حجب التنقيص إلى حجب الاسقاط وأسقطوا الفرض الذي هو أوفر بالكلية بمحاظته على بعض الفرض الأدنى وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله تعالى لانهم أعطوا الام الثلث وانما فرض الله لها مع الاختين السدس (والثاني) ان الله تعالى انما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثا فأعطوا إحداهما النصف كاملا (والثالث) ان الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان أختان فلم يجعلوا لهما الثلثين (الرابع) ان مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه أخت فلم يعطوها بكونها أختا شيئا ، وهذا كله معنى كلام ابن اللبان

(فصل) والمسائل التي تجتمع فيها قرابتان يصح الارث بهما (إحداهن) في الذكور وهي عم هو أخ لام (وخمسة) في الاناث وهي بنت أم هي أخت أو بنت ابن وأم هي أخت وأم أم هي أخت لاب وأم أب هي أخت لام، فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبوة والامومة دون الاخوة وبنة الابن. واختلفوا في الجدة اذا كانت أختا فثمة من قال الجدة أقوى لانها جهة ولادة لا تسقط بالولد، ومنهم من قال الاخوة أقوى لانها أكثر ميراثا. قال ابن شريح وغيره هو الصحيح ، ومن ورث بأقوى

الزير ان صح فهو مسبق بالأجماع ولانه قصد تعددا فادأ في الميراث، فعرض بتقيض قصده كالانثال
اقتصا. استعجال الميراث بما قرب بحرمانه

(مسئلة) (وان علق طلائها على فعل لا بد لها منه كالصلاة المكتوبة والصيام الواجب ففعله فحكم حكم طلائه ابتداء) في قول الجميع وكذلك لو علقه على كلامها لا يوجبها ولا حدها
(مسئلة) (وهل ترثه بعد العدة أو ترثه المطلقة قبل الدخول؟ علي روايتين)

المشهور عن أحمد رحمه الله أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تنزوج قال أبو بكر لا يختاف قول أبي عبد الله في الدخول بها أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تنزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول التي وحيد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة، وذكر عن أبي ابن كعب لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أبا طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولان سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، وفيه رواية أخرى أنها لا ترث بعد العدة وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم لانها تباح لزواج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولان توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع ندوة فلم يجوز كما لو تزوجت ، والمطلقة قبل الدخول في مرضه المحرف فيها روايتان كالتي انقضت عدتها إذا كانت كل واحدة منهما لأعدة لها

(مسئلة) (وان تزوجت في عدتها لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانث من الزوج الثاني

القرابتين لم يحجب الام باخوة نفسها إلا ما حكاه سحنون عن مالك أنه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك ، ومتى كانت البنت أختا والميت رجل فهي أخت لام وان كان امرأة فهي أخت لاب ، وان قيل أم هي أخت لام أو أم أم هي أخت لام أو أم أب هي أخت لاب فهو محال (مسائل) من ذلك مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم ماتت عنهما الثلثان لانها ما لبثت ولا ترث الكبرى بالزوجة شيئا في قولهم جميعا فان ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتا هي أخت لاب فلها النصف بالبنة والباقي بالاخوة ، وان ماتت الصغرى قبل الكبرى فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثلث بالقرابتين ، ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالاخوة شيئا في المسئلتين

وقال ابن شريح يحتمل قول الشافعي رضي الله عنه توريثها بالقرابتين في المسئلتين لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتقصيب لتوريثه ابن العم اذا كان زوجا أو أخا لام وانما منع الارث بفرضين ، فان كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى لم ماتت احدى الصغيرتين فقد تركت أختا لابوين وأما هي أخت لاب

هذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا الرواية الاولى في المسئلة قبلها ولانها شخص يرث مع انتفاء الزوجية فورث معها كسائر الوراثين

ولنا أن هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجا سواء كسائر الزوجات ولان التوريث في حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالمدة ولانها ماتت باختيارها ما ينافي بنكاح الاول فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها وهكذا لو ارتدت في عذتها ولم تسلم أو فعلت ما ينافي بنكاح الاول

(فصل) اذا طلق امرأتها ثلاثا قبل الدخول في المرض فقال أبو بكر فيها أربع روايات (احداهن) لها الصداق كاملا والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسين وعطاء وأبي عبيد لان الميراث ثبت للدخول بها لفراره منه وهذا قارء واذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكيل الصداق ، قال شيخنا وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لانا جماعها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولان الطلاق لا يوجب عدة على غير المدخول بها (الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها وهو قول عطاء لان العدة حق عليها فلا تجب بفراره (والثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لان من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق لقول الله تعالى وان طلقتهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فلا يجوز مخالفة ذلك (والرابطة) لا ترث ولا عدة عليها ولها نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم قال أحمد قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة عليها ، وقال الحسن ترث قال أحمد اذهب الى قول جابر لان الله سبحانه نص على تنصيف الصداق ونفي العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله سبحانه

فلامها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختا لآب وأنحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللأخت النصف، وعلى القول الآخر لما الثلث بالأمومة ولا شيء، لما بالآخرة ولا تنحجب بها وللأخت النصف فقد استوى الحكم في القولين، وإن اختلف طريقةهما، وعلى ما حكاه سحنون لما السدس وتنحجب بنفسها وأختها، وإن أولدها المجوسي ابنا وبنتا ثم ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أما هي أخت لآب وأخا لام وأب فلامها السدس والباقي للأخ ولا شيء، اللام بالآخرة لأن الأخ للآبوين يحجبها وعلى القول الآخر للام الثلث كاملا، وإن تزوج المجوسي أمه فأولدها بنتا ثم ماتت فلأمه السدس ولابنته النصف ولا ترث أمه، لزوجة شيئا ولا ابنته بكونها أختا لام شيئا، وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتا هي بنت ابن فلها الثلثان بالقرابتين وعلى القول الآخر لما النصف، وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أما هي أم أب فلها الثلث بالأمومة لا غير على القولين جميعا، وإن تزوج ابنته فأولدها ابنة ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتا ثم ماتت والكبرى بعده فقد تركت أختها لآبها إحداهما بنتها وبنت أبيها، والآخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما، وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقي للصغرى، وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختها إحداهما أمها والآخرى بنتها فلأمها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر الباقي للصغرى، وإن ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أختها إحداهما أمها والآخرى جدتها فلأمها

(وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وقال تعالى (يأيتها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكيم، وأما الميراث فأنها ليست بزوجته ولا معتدة من نكاح أشبهت المطلقة في الصحة فإن خلاها وقال لم أطأها وصارته فلها الميراث وعليها العدة لوقاة ويكمل لها الصداق لأن الخلوة تكفي في ثبوت هذه الأحكام وهذا قول أبي حنيفة

(فصل) وأو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق محقق فأن طلقها واحدة في محنته وأبناها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحلها حكم ما رايت بدأ طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها وإن طلقها واحدة في محنته وأخرى في مرضه ولم ينها حتى بانتهى باقضاء عدتها لم ترث لأن طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينة بنتها

(فصل) وإذا طلقها ثلاثا في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم ماتت في عدتها فبها وجبهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لأنها مطلقة في المرض أشبه ما لو لم ترتد (والثاني) لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها فعلت ما ينافي النكاح أشبه ما لو تزوجت، ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وقال الشافعي لا ترثه

ولما أنها مطلقة في المرض لم تفعل ما ينافي نكاحها ماتت زوجها في عدتها أشبه ما لو لم ترتد ولو ارتدت أحد الزوجين بعد المدخول ثم غاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لأن النكاح باق، وإن

السدس والباقي بينهما وقد انحجبت الام بنفسها وبأبها عن السدس، وعلى القول الآخر من جعل الاخوة أقوى فالكبرى النصف والوسطى الثلث والباقي للهبة، ومن جعل الجدودة أقوى لم يرث الكبرى شيئاً لأنها لا ترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدودة لكونها محجوبة بالامومة، وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلث بالقرابتين ومن ورث باحداها فلها السدس عند قوم وعند ابن شريم ومن وافقه لما النصف وهو اختيار الخبري، محرمي تزوج أمه فأولدها بنتا ثم تزوج بنته فأولدها ابناً ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتاً ثم مات المحرمي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتا هي بنت ابن وبنتا أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبرى أربعة والصغرى ثلاثة ولذا ذكر سبحانه وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فإن ماتت بعده بنته فإن الكبرى جدتها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين، وفي الثاني لما السدس باحداها

(فصل) وإن وطئ مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها فولدت له وانفق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء

انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر، وإن قلنا إن الفرقة تمنع من عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويخرج أن يرثه الآخر إذا كان ذلك في مرض موته لأنه تحصل به البيئونة أشبه الطلاق وهو قول مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا ارادت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج

(فصل) فإن علق طلقها على فعل نفسه وفعله في المرض ورثته لأنه أوقع الطلاق بها في المرض أشبه ما لو كان التعاقب في المرض وإن قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته ولا يرثها إن ماتت وإن مات الغلام والزوج مريض طاعت وكان كتمليك على محبي زيد على ما ذكرنا وكذلك إن قال إن لم أوفك مهرك فأنت طالق فإن ادعى أنه وقاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في ثوريته منها لأن الأصل بقاء النكاح ولم يصدق في براءته منه لأن الأصل بقاءه في ذمته ولو قل لما في الصحة أنت طالق إن لم أتزوج عليك فكذلك نص عليه أحمد وهو قول الحسن ولو قذف المريض أمراته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وإن ماتت لم يرثها وإن قذفها في صحته ثم لاعنها في مرضه ثم مات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي والولوي وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول أبي يوسف وإن آلى منها ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت منه بالايلاء لم ترثه

(مسئلة) (وإن أكره الابن امرأة أبيه في مرض أبيه على ما يفسخ نكاحها لم يقطع ميراثها

﴿مسئلة﴾ قال (واذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم فجعل أولهما موتاً وورث بعضهم من بعض)

وجه ذلك أن المتوارثين إذا ماتا فجعل أولهما موتاً فإن أحد قال أذهب إلى قول عمر وعلي وشرع وإبراهيم والشعبي يرث بعضهم من بعض يعني من نلاد ماله دون طارقه وهو ما ورثه من ميت معه . وهذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول إيس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحيد الاعرج وعبد الله ابن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشرية ويحيى بن آدم وإسحاق بن حكيم ذلك عن ابن مسعود قال الشعبي وقم الطاعون بالشام عام حمواس فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر أن ورثوا بعضهم من بعض

وروي عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن علي رضي الله عنهم أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض وجعلوا مال الكل واحداً للأحياء من ورثته ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والأوزاعي ومالك والشافعي رضي الله عنهم وأبو حنيفة وأصحابه ، ويروي ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم بن حمير وعبد الرحمن بن عوف

إلا أن يكون له امرأة سواها إذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فأت أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها إن ماتت وهو قول أبي حنيفة وأصحابه فإن طارقه على ذلك لم ترث لأنها مشاركة له فيما يفسخ نكاحها أشبه ما لو خالعه وسواء كان لليت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن فإن انتفت التهمة عنه بأن لا يكون وارثاً كالكاثر والقاتل والرقيق أو كان ابناً من الرضاعة أو ابن ابن محبوب وابن الميت أو بآبرين وابننين أو كان لليت امرأة أخرى نحو ميراث لزوجات لم ترث لانتفاء التهمة ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم ترث لانتفاء التهمة حال الوطء ولو كان وارثاً حين الوطء فعاد محجوباً عن الميراث ورثت لوجود التهمة حين الوطء ولو كان المريض امرأتان فاستكره ابنه إحداهما لم ترث لانتفاء التهمة لكون ميراثها لا يرجع إليه وإن استكره الثانية بعدها ورثت الثانية لأنه متهم في حقها ولو استكرهها معاً دفعة واحدة ورثتا معاً وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه وأما الشافعي فلا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام وكذلك الحكم فيما إذا وطئ المريض من يفسخ نكاحه بوطئها كأم امرأته فإن امرأته تبين منه ورثته إذا مات في مرضه وسواء طارقه الموطوءة أولاً لأن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل يسقط به ميراثها فإن كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون قاراً من ميراثها وكذلك لو وطئ بنت امرأته كرها لها وهو زائل العقل فإن كان صبياً عاقلاً ورثت لأن له قصداً صحيحاً وقال أبو حنيفة هو كالحجرون لأن قوله لا عبرة به وللشافعي فيما إذا وطئ الصبي بنت امرأته وأمها قولان أحدهما لا يفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرم والثاني تبين امرأته فلا ترثه ولا يرثها وفي القبله والمباشرة دون

ودوي عن أحمد ما يدل عليه فإنه قال في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته ، وقال أخوها مات ابنا فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيهما وزوجها نصفين فجعل ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته فيعتمد أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب ، ويعتمد أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا ويرث كل واحد منهما من الآخر إذا اتفق ورثتهم على الجمل بكيفية موتهم لأنهم يتداعى توجدهم للبين على المدعى عليه فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كافي سائر الحرق بخلاف ما إذا اتفقوا على الجمل فلا تتوجه بهين لأن البين لا يشرع في موضع اتفقوا على الجمل به واحتج من قال بعدم توريث بعضهم من بعض بما روى سعيد حدثنا أما بيل بن عياش عن يحيى بن سعيد أن قتلى الجيامة وقتلى صفين والحرة لم يرثوا بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء

وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أم كلثوم بنت علي توفيته هي وابنها زيد بن عمر قالت المصنفان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبا فلم يرثه ولم يرثها وإن الفرج روايتان إحداهما تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لأنها مباشرة تحرم في غير النكاح والملك أشبهت الوطء والثانية لا تنشره لأنه ليس بسبب للبعضية فلا ينشر الحرمة كالنظرة والحلوة وخرج أصحابنا في النظر إلى الفرج والحلوة للشهوة وجها أنه ينشر الحرمة والصحيح أنها لا تنشر (مسئلة) (وإن فعلت المرأة في مرض موتها ما يفسخ نكاحها لم يسقط ميراث زوجها وذلك بأن ترضع امرأة زوجها الصغيرة أو زوجها الصغير أو ارتدت فإن زوجها يرثها ولا يرثه وهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يرثها

ولنا أنها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل

(فصل) وإن اعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عنيئا فأجل سنة فلم يصحها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقته وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين ذكره ابن البان في كتابه وذكر القاضي في المدة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين يدفع الضرر لا لفرار من الميراث وإن قبلت ابن زوجها بالشهوة خرج فيه وجهان أحدهما يفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت ربيضة وماتت في عدتها وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه والثاني لا يفسخ النكاح به وهو قول الشافعي ولو أن رجلا زوج ابنة أخيه صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بخير خلاف ما ناه لأن النكاح من أصله فاسد في صحيح المذهب وهو قول الشافعي ودوي عن أحمد ما يدل على صحته ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه لأن الفسخ لازمة الضرر لا من أجل الفرار كما لو فسخت المعتقة نكاحها

(مسئلة) (وإن خاف زوجات نكاح بعضهن فاسد أفرع بينهما فمن أصابها القرعة فلا ميراث لها)

أهل صنفين وأهل الحرمة لم يتوارثوا ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث وهو غير معلوم ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ، ولأنه لم تعلم حياته حين موت مورثه فلم يرثه كالحل إذا وضعته ميتا ، ولأن الأصل عدم التوريث فلا تثبته بالشك ولأن توريث كل واحد منهما خطأ يقينا لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معا أو سبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا بخلاف للاجماع فكيف يعمل به ؟

فإن قيل ففي قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لأنه يحتمل موتهما جميعا فلا يكون فيهما مسبوق ، وقد احتج بعض أصحابنا بما روي إيس بن عبد الله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال « يرث بعضهم بعضا » والصحيح أن هذا إنما هو عن إيس نفسه وأنه هو المشكوك وإيس برأيه عن النبي ﷺ ، هكذا رواه سعيد في سننه وحكاها الإمام أحمد عنه ، وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين : يعطي كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يبين الأمر أو يصطلحوا . وقال الخبري هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل صاحبه ولم يذكر فيه خلانا

قد ذكرنا أن النكاح الفاسد لا يثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي فإذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فقد روي عن أحمد ما يدل على أنه يفرع بينهما في الميراث إذا مات عنها ذكره أبو بكر فن خرجت لها القرعة فلا ميراث لها وكذلك لو طلق واحدة من نسائه وانسبها لأنه اشتبه الممتع بغيره فوجب المصير إلى القرعة كما لو اعتق في مرضه عبدا فلم يخرج من الثالث إلا أحدهم بروى ذلك عن علي رضي الله عنه وقد ذكرنا ذلك فيما قبل هذا الباب والاختلاف فيه والتفرع عليه (مسئلة) (إذا طلق أربع نسوة في مرضه فانتقضت عدتهن ثم تزوج أربعا شوأهن فالميراث للزوجات وعنه أنه بين الثمان)

وجملة ذلك أن المريض إذا طلق امرأته ثم نكح أخرى ثم مات لم يخل من حالين أحدهما أن يموت في عدة المطلقة قترناه جميعا وهذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي والقول الآخر لأنث المبتوتة فيكون الميراث كله لثانية وقال مالك الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وذكره بعض أصحابنا وجها في المذهب لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا صحيحا فإنها إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو تزوج عليها لم يطلقها لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات فكذلك إذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاثا في مرضه فليس للمطلقة الأربع ميراث الزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربه

(الحال الثاني) أن يموت بعد انقضاء عدة المطلقة فيكون الميراث كله للزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وفي الرواية الأخرى الميراث للأربع كما لو مات في عدة المطلقة

(ومن مسائل ذلك) أخوان غرقا أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو ومن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما للمولى أخيه ومن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه . ومن قال بالوقف وقف مالهما فإن ادعى كل واحد من المولين أن مولاه آخرهما موتا حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وأخذ مال مولاه على مسألة الحرقى وإن كانت لها أخت فلها اثنتان من مال كل واحد منهما على القول الأول والنصف على القول الثاني وإن خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فن لم يورث بعضهم من بعض صحبها من ثمانية لأمهاته الثمن ولا بنته النصف والباقي لمولاه ، ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربهم في الثمانية الأولى فصحت من أربعة لأمهاته ثمانية ولا بنته اثنتان وثلاثون ولأمرأة أخيه من الباقي ثلاثة ولا بنته اثنا عشر ولمولاه الباقي تسعة : وأخت غرقا ولها أم وعم وزوجان فن ورث كل واحد من صاحبه جعل ميراث الأخ بين أمه وأخته على ثلاثة عشر فأصاب الأخت منها قسما بين زوجها وأما زوجها على ستة فصحت المثلثان من ثلاثة عشر لامرأة الأخ ثلاثة ولزوج الأخت ثلاثة وللأم أربعة وبيراتها من الأخ راتنان وبيراتها من الأخت ولعم سهم وميراث الأخت بين زوجها وأما وأخيهما على ستة : لأخيهما سهمين أمه وأمراته

وعند مالك الميراث كله المطلقة فإن كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا في مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها فالتكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الأوائل وهذا قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي التكاح صحيح والميراث للجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة ويجوز على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة (والثاني) أن يكون بينهما على خمسة لكل واحدة خمسة فإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان أحدهما لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق والثانية ترث سهم ولا شيء للمنكوحة وعند الشافعي الميراث للمنكوحات ولا شيء . المطلقة فإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة على روايتين (أحدهما) لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة أن يرث ثمان نسوة وأن ترث أختان فيكون مسلم يرثه ثمان أو أختان وتورث المطلقات بعد العدة يلزم من هذا أن حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكرا له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان

(أحدهما) يكون الميراث بين الخمس ، و (الثاني) يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة لأن المريض ممنوع من أن يحرم من ميراثهن بالطلاق فكذلك يمنع من تقيصهن منه .

قال شيخنا وكلا الوجهين بعيد ، أما أحدهما فيرده نص الكتاب على تورث الزوجات فلا يجوز مخالفته بنير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في نفيه ، وأما الآخر

ومعه على اثني عشر نضرها في الأولى تكن من اثنين وسبعين والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر وينتفع به من يرث منهما ، ثلاثة أخوة من أبوين غرقوا ولهم أم أو عصبة فقد موت أحدهم أولاً فلامه السدس والباقي لأخويه فتصح من اثني عشر لكل واحد من أخويه خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فنضرها في الأولى تكن ستة والثلاثين للام من ميراث الأول السدس ستة ومما ورثه كل واحد من الآخرين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الآخرين مثل ذلك . ذكر هذه المسئلة أبو بكر : ثلاثة أخوة ، مفرقون غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لابويه فقد موت الآخر من الأبوين أولاً عن أخته من أبويه وأخويه من أبيه وأخويه من أمه فصحت مسئلته من ثمانية عشر لأخيه من أمه ، منها ثلاثة بين أخته من أبيه وأخته من أمه على أربعة وأصاب الآخر من الأب منها اثنين بين أخيه من أبويه وأخته من أبيه على أربعة فتجزئ بما لديهم ما نضرها في الأولى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الآخر من الأم عن أخت لابوين وأخ وأخت لام فمسئلته من خمسة أيضاً نضرها في الأولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الآخر من الأب عن أخت لابويه وأخ وأخت لآبيه فهي من ستة ثم مات الآخر من الأب عن ثلاث أخوات مفرقات فهي من خمسة

فلأن الله لم يبيح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاجتين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثهن بالزوجة وعلى هذا لو طلق أربعاً في مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعاً سواهن ثم مات من مرضه فعلى القول الأول وهو المختار يرثه المنكوحات خاصة ، وعلى الثاني يكون فيه وجهان . (أحدهما) : أنه بين الثمانين . و (الثاني) . أن الميراث كله للمطلقات ، وهو قول مالك لأن نكاح المتجسّدات غير صحيح عنده ، وإن صح من مرضه ثم تزوج أربعاً في صحته ثم مات فالميراث لمن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات إلا في قول مالك ومن وافقه وكذلك أن تزوجت المطلقات لم يرثن إلا في قول مالك ومن وافقه .

(فصل) ولو طلق أربعاً بعد دخوله بهن في مرضه وقال قد أخبرني بانقضاء عدتهن وكذبته فله أن ينكح أربعاً سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف والأولوي إذا كان بعد أربعة أشهر وقال زفر لا يجوز له التزويج أيضاً ، والأول أصح لأن هذا الحكم فيما بينه وبين الله تعالى لاحق لمن فيه فقبل قوله فيه فعلى هذا إن تزوج أربعاً في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات وإن أقررن بانقضاء عدتهن وقتلنا لا ميراث لمن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضاً ، وإن مات منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وإن ماتت منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث للباقي المطلقات وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثة أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو

تضر بها في الاولى تكن ثلاثين فان خلف بنتا وآخرين فلم يقتسموا التركة حتى غرق الاخوان وخلف أحدهما امرأة وبناتا وخلف الآخر ابنتين وبنتين الاولى من أربعة مات أحدهم عن سهم ومسته من ثمانية لاخته منها ثلاثة بين اولاده على ستة رجعوا الى اثنين تضر بها في ثمانية تكن ستة عشر ، وفريضة الآخر من ستة ثمان بالنصف فاضرب نصف إحداهما في الاخرى تكن ثمانية وأربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين فبانت نصفها ولاولاد الاخ عن ابيهم ربها وعن سهم ثمانية عشر صار لهم ستة وستون وامرأة الاخ ستة وابنته أربعة وعشرون

(فصل) وإن علم خروج روحها معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لأن تورثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك وان علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم أشكل أعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا قال القاضي وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرقى الذين جهل حالهم وان ادعى ورثة كل ميت أنه أخرهما موتا فهي مسألة الحرقى رضي الله عنه وقد نص فيها الامام أحمد رحمة الله عليه أن ورثة كل ميت يحلفون ويختصمون ببراءة فيحتمل أن يقاس على هذه الصورة سائر الصور فيتمخرج في

من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالمراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معاً لانه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز وكان صحيحاً فان تزوج المنكوحات في أربع عقود مات من المطلقات واحدة ورث مكلها الاولى من المنكوحات وإن مات اثنتان ورثت الاولى والثانية وإن مات ثلاث ورثت الاولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف والولائي فأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات ، وأما الشافعي فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات فعلى قوله إذا طلق أرباعاً ونكح أرباعاً في عقد أو عقود ثم مات من مرضه فالمراث للمنكوحات وعلى قوله التقديم يخرج فيه وجهان : (أحدهما) ان الميراث بين الثمان . وعلى الثاني هو للمطلقات خاصة ، وإن مات بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء وإن مات اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، وان مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباعه إن كان نكاحهن في عقد واحد وان كان في عقود متفرقة فاذا ماتت من المطلقات واحدة فبرأها الاولى من المنكوحات ، وميراث الثانية للثانية وميراث الثالثة للثالثة

(فصل) إذا قال الرجل لنسائه إحدا كن طالق يعني واحدة بعينها طلق وحدها ويرجع إلى ثمينه ويؤخذ بنفقة كلهن إلى أن يعين ، وإن كان الطلاق بائناً منع منهن إلى أن يعين فان قال أردت هذه طلقت وحدها وإن قال لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة فان عاد فقال أخطأت إنما أردت هذه طلقت الاخرى ، وإن مات ، أو أحدها ، قبل أن يعين رجع إلى قوله فن أقر بطلاقها حرمانه

الجيم روايتان ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها لان هذه الصور فيها مدع ومنكر
واليمين على من أنكر بخلاف بقية الصور والله اعلم
(مسئلة) قال (ومن لم يرث لم يحجب)

يعني من لم يرث لمعنى فيه كالحالف في الدين والريق والقائل فهذا لا يحجب غيره في قول عامة
أهل العلم من الصحابة والتابعين إلا ابن مسعود ومن وافقه فانهم يحجبون الام والزوجين بالولد الكافر
والقائل والريق ويحجبون الام بالاخوة الذين هم كذلك ، وبه قال أبو ثور وداود وتابعه الحسن في
القائل دون غيره واملمهم تمسكوا بعموم قوله تعالى (فان كان لمن ولد فلنكم الربع مما تركن - وإن كان
لكم ولد فلن الثمن مما تركتم) وقوله تعالى (ولا بويه اكل واحد منها السدس مما ترك إن كان له ولد)
وقوله (فان كان له اخوة فلامه السدس) وهؤلاء أولاد واخوة وعدم ارثهم لا يمنع حجبتهم كالاخوة
مع الابوين يحجبون الام ولا يرثون
ولنا أنه ولد لا يحجب الاخوة من الام ولا يحجب ولده ولا الاب الى السدس فلم يحجب غيرهم

ميراثها وأحلفناه لورثة من لم يعينها ، وهذا قول الشافعي وإن لم يعين بذلك واحدة بعينها أو مات قبل
التعين أخرجت بالقرعة وكذلك إن طلق واحدة من نسائه بعينها وأنسيها فماتت أخرجت بالقرعة
فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها .

روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور ، وروى عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأله فقال
إن لي ثلاث نسوة وإني طلق واحدة فبنت طلاقها فقال ابن عباس إن كنت نويت واحدة بعينها
ثم أنسيها فقد اشتركت في الطلاق وإن لم تكن واحدة بعينها طلق أيهن شئت .

وقال الشافعي وأهل العراق يرجع الى تعيينه في المسائل كلها فان وطئ احداهن كان تعييناً لها
بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي ، وقال الشافعي لا يكون تعييناً فان مات قبل
أن تتبين فالميراث يذهب كلهن في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال
الشافعي يوقف ميراثهن وان كان الطلاق قبل الدخول دفع الى كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي
من مهرهن ، وقال داود يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث يذهب
وان متن قبله طلقت الاخيرة في قول أهل العراق وقال الشافعي يرجع الى تعيينه على ما ذكرنا .

ولنا قول عمر رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس لان ابن عباس يعترف لمعي بتقديم قوله فانه قال إذا
ثبت لنا عن علي قول ام نعهه الى غيره وقال ما علمي الى علم علي إلا كالقرارة الى المتعسر ولانه إزالة
ملك عن الآدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق وقد ثبت هذا في العتق بخبر عمران بن
حصين ولان الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل

(المغني والشرح الكبير) كون المحجوب قد يحجب غيره كالأخوة بمحبوبون بالأم وبمحبوبون بالاب ١٩٣

كاليت ولأنه لا يؤثر في حجب غير الأم والزوجين فلم يؤثر في حجبهم كاليت والآية أريد بها ولد من أهل الميراث بدليل أنه لما قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أراد به الوارث ولم يدخل هذا فيهم ولما قال (إن امرؤ ذك أو أنثى ليس له ولد وله أخت) لم يدخل هذا فيهم ، وأما الأخوة مع الأب فهم من أهل الميراث بدليل أنه لولا الأب لورثوا وإنما قدم عليهم غيرهم ومنعوا مع أهليتهم لأن غيرهم أولى منهم فامتاع أرثهم لما منع لا لانتفاء المقتضي

(فصل) فأما من لا يرث لحجب غيره له فإنه يحجب وإن لم يرث ، كالأخوة بمحبوبون بالأم ومحبوبون بالاب لأن عدم أرثهم لم يكن لمغنى فيهم ولا لانتفاء أهليتهم بل لتقديم غيرهم عليهم والمغنى الذي حجبوا به في حال أرثهم موجود مع حجبهم عن الميراث بخلاف مسئلتنا ، فلي هذا إذا اجتمع أبوان وأخوان أو أختان فللام السدس والباقي للأب وبموجب الأخوان الأم عن السدس ولا يرثون شيئاً ، ولو مات رجل وخلف أباه وأم أبيه وأم أم أمه لحجب الأب أمه عن الميراث وحجبت أم أم أم الأم على قول. من يحجب الجدة بابنها والبعدي من الجدات بمن هي أقرب منها ويكون المال جميعه للأب

فيه القرعة كالسفر والقسمة بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى أحدها من ماله لا تستحقه وتقسم بعضهم حقاً يقينا والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهم وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقيناً .

(فصل) ولو كان له امرأتان فطلق إحداها ثم ماتت أحداها ثم ماتت أقرع بينهما فن وقتها قرعة الطلاق لم ير بها أن كانت الميتة ولم تره أن كانت الأخرى ، وفي قول أهل العراق يرث الأولى ولا تره الأخرى ، وللشافعي قولان أحدهما يرجع إلى تعيين الوارث فإن قال طلق الميتة لم ير بها ، ورثته الحية وإن قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية ، والقول الثاني يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية ، وإن كان له امرأتان قد دخل بإحداها دون الأخرى فطلق إحداها لا بينها فن خرجت لها القرعة فأما حكم الطلاق وللأخرى حكم الزوجية . وقال أهل العراق للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث إن مات في عدتها وللأخرى ربه لأن للمدخول بها نصفه يقين والنصف الآخر يتداعيان فيكون بينهما وفي قول الشافعي النصف للمدخول بها والباقي موقوف :

وإن كانتا مدخولا بها فقال في مرضه أردت هذه ثم مات في عدتها لم يقبل قوله لأن الإقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للأخرى ، وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللأنتين نصفه ، وعند الشافعي يوقف نصفه .

(فصل) في ميراث الجمل اذا مات الانسان عن حمل يرثه وقف الامر حتى يتبين فان طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف إلا ما حكي عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ولكن يدفع إلى من لا ينقصه الجمل كمال ميراثه وإلى من ينقصه أقل ما يصيبه ولا يدفع إلى من يسقطه شيء ، فأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا يوقف للمحمل شيء ، ويدفع إلى شركائه الباقي وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي ، والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء ، لأن الجمل لأحده له ولا فلم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالباً فلهم وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت باليمن شيئاً كالكرش فظن أن لا ولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحى بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعاً وكانوا خلقاً صوياً إلا أنه كان في أعضادهم قصر قال وصار عني أحدم فصراعني فكنت أعير به فيقال صراعك صعب رجل وقد أخبرني من أتى به سنة ثمان وستائة أو سنة تسع من ضرر بدمشق أنه قال ولدت امرأة في هذه الأيام سبعة في بطن واحد ذكراً وإناثاً وكان بدمشق أم ولد لبعض كبراءها وتزوجت بعده

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق إحداهن غير معينة ثم نكح الخامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين فللخامسة ربع الميراث والمهر ويقرب بين الأربع ، وقال أهل العراق لمن ثلاثة أربع الميراث بينهما ، وإن كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهور ونصف ، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أربع الميراث ومهر ونصف بين الأربع فإن جاءت واحدة تطلب ميراثها لم تعط شيئاً ، وإن طلبه اثنتان دفع إليهما ربع الميراث وإن طلبه ثلاث دفع إليهن نصفه وإن طلبه الأربع دفع إليهن ، ولو قال بعد نكاح الخامسة أحداً كن طالق فعلى قولهم الخامسة ربع الميراث لأنها شريكة ثلاث وباقي بين الأربع كالأولى وللخامسة سبعة أثمان مهر لأن الطلاق نقصها وثلثا معها نصف مهر ويبقى للأربع ثلاثة مهور وثمان يبنهن في قول أهل العراق ، فإن تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل وللخامسة ربع ما بقي وسبعة أثمان مهر وللأربع ربع ما بقي وثلاثة مهور وثمان ويكون الربع مقسوماً على أربعة وستين ، فإن قال بعد ذلك أحداً كن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فللسادسة سبعة أثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءاً من اثنين وثلاثين جزءاً من مهر ويبقى للأربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقي بين الأربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الأربع ويدفع إلى كل واحدة نصيب

(فصل) في الاشتراك في الطهر إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من مثله فأت بولد يمكن أن يكون منهما كأن يطاء الشريكان جاريتهما المشتركة أو يطاء الإنسان جاريته ثم

من كان يقرأ علي وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غيره هذا نادر ولا يمول عليه فلا يجوز منع الميراث من أجله كالولم يظهر بالمرأة حمل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فروي عن أحد أنه يوقف نصيب ذكرين ان كان ميراثهما أكثر أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر وهذا قول محمد بن الحسن والشافعي وقال شريك يوقف نصيب أربعة فأنى رأيت بنى اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى بن آدم واظن الرابع اسماعيل وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي رضي الله عنه وقال الليث وأبو يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمن من الورثة

ولنا ان ولادة التوأمين كثير معتاد فلا يجوز قسم نصيبهما كل واحد وما زاد عليهما نادر فلم يوقف له شيء كالخامس والسادس ومنى ولدت المرأة من يرث الموقوف كله أخذه وإن بقي منه شيء رد إلى أهله وإن أعوز شيئاً رجع على من هو في يده

(مسائل) من ذلك امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن والبنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعة وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين ولا يدفع إليها شيء في المشهور عن الشافعي رضي الله عنه وإن كان مكلن البنت ابن دفع إليه ثلث الباقي أو خمسة أو نصفه على اختلاف الأقوال ومتى زادت الفروض

يبعها قبل أن يستبرأها فيطؤها المشتري قبل استبرائها ، أو يطؤها رجلان بشبهة ، أو يطلق رجل امرأته فيزوجها رجل في عدتها ويطؤها ، أو يطلق إنسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها سيدها أو زوجها فيه ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما وهذا قول عطاء ومالك والليث والاوزاعي والشافعي ، فإن ألحقته بأحدهما لحق به وإن نفقته عن أحدهما لحق الآخر ، وسواء ادعياء أو لم يدعياء أو ادماه أحدهما وأنكره الآخر ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما وكلن ابنيهما وهذا قول الاوزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وعن مالك لا يرى ولد الحرة للقافة بل يكون لصاحب القراش الصحيح دون الواطئ بشبهة ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد وإن ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة ما لم يوجد قافة ، ومتى لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القائفان في نسبه فقال أبو بكر يضيع نسبه ولا يحكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً وهو قول مالك وقال ابن حامد يترك حتى يبلغ فينسب إلى أحدهما وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينسب إلى أحدهما ونفقته عليهما إلى أن ينسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أنفق ، وإذا ادعى اللقيط اثنان أرى القافة معهما وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أرى ولده القافة مع المدهين ولو مات الرجلان أرى القافة مع عصبتها ، فإن ادماه أكثر من اثنين فألحقته القافة بهم لحق ونسب أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروى عن أبي ثور وأبي يوسف وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وروى أيضاً عن أبي يوسف

على ثلث المال فيراث الاثنتا عشرة فاذا خلف أبوين وامرأة حاملاً فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللأبوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر، ويستوى هنا قول من وقف نصيب أربعة وقال أبو يوسف تعطى المرأة ثمانية كاملاً والابوان ثلثاً كاملاً ويؤخذ منهم ضمير، فإن كان معهم بنت دفع إليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ويؤخذ من الكل ضمير من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقيين لاحتمال أن تقول المسئلة، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين ومائة وعشرين بالاثلاث وتضرب ثلث احدهما في جميع الاخرى تكن النفا وثمانين وتعطى البنت ثلاثة عشر في تسعة تكن مائة وسبعة عشر وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين وما بقي فهو موقوف . زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية للزوج ثلاثة وللأم سهم ويوقف أربعة وقال أبو يوسف هي من ثمانية يدفع الى الزوج ثلاثة وإلى الأم سهمان وتقف ثلاثة وتأخذ منها ضميرها هكذا حكى الخبري عنه ، فإن كان في المسئلة من يسقط بولد الأبوين كصبية أو أحد من ولد الاب لم يبط شيئاً ولو كان في هذه المسئلة جد فالزوج الثلث وللأم السدس ولجد السدس والباقي موقوف، وقال أبو حنيفة للزوج النصف وللأم السدس ولجد السدس ويوقف

وقال أبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم لا حكم للفاقة بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو أبنة فإن ادعى ما فهو ابنهما وكذلك إن كثر الواطئون وادعوه ما فانه يكون لهم جميعاً وروي أيضاً عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة مع اليمين وبه قال ابن أبي ليلى واسحاق وعن أحمد نحوه إذا عدت الفاقة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولاً عليها في باب اللقيط والغرض هنا ذكر ميراث المدعي والتوريث منه وبيان مسأله

(مسئلة) (إذا ألق باثنين فمات وترك أما حرة فلها الثلث والباقي لهما وإن كان لكل واحد منهما ابن سواء أو لاحدهما ابنان فلامه السدس وإن مات أحد الأبوين وله ابن آخر فإله بينهما نصفين فإن مات الغلام بعد ذلك فلامه السدس والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لاختوته لانهما محجوبان بالاب الباقي ، فإن مات الغلام وترك ابناً فللباقي من الأبوين السدس والباقي لابنه وإن مات قبل أبويه وترك ابناً فلهما جميعاً السدس والباقي لابنه ، فإن كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن فلام أمه نصف السدس ولأبي المدعين نصفه كأنهما جدة واحدة وللجدين السدس والباقي لابن فإن لم يكن ابن فللجدين الثلث لانهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لأن الجد يسقط الاخوة ، وإن كان المدعيان أخوين والمدعى جارية فإنا وخافنا أباها فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للأب فإن مات الأب بعد ذلك فلها النصف لأنها بنت ابن وحكى الخبري عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لهما الثلثين لأنها بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن، وإن كان المدعي ابناً فمات أبواه ولا أحدهما بنت ثم مات أبوها فيراث بين الغلام

السدس بين الجدة والام ولا شيء للحمل لان الجدة يسقطه وابو يوسف يجعلها من مئة وعشرين
ويقف أربعة اسهم وحكى عن شريك أنه كان يقول يقول علي في الجدة فيقف ههنا نصيب الاناث فيكون
عنده من تسعة وتقف منها اربعة، ولولم يكن فيها زوج كان للام السدس والجدة ثلث الباقي وتقف عشرة من
ثمانية عشر وعند أبي حنيفة الجدة الثلثان والام السدس ويقف^(١) السدس بينهما، قول أبي يوسف يقف
الثلث ويعطي كل واحد منهما ثلثا ويؤخذ منهما ضمين، ومتى خلف وورثة وامامت الزوج فينبغي للزوج
الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا كذا روي عن علي وعمر بن عبدالعزيز والشعبي والنخعي
وقادة في آخرين، وان وطئها قبل استبرائها فأتت بولد لاقل من ستة أشهر ورث لاننا نعلم أنها كانت
حاملًا به، وان ولدته لاكثر من ذلك لم ترث الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملًا به يوم موت ولدها
(فصل) ولا يرث الحمل الا بشرطين (أحدهما) أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت ويعلم
ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر فان أتت به لاكثر من ذلك نظرنا فان كان لها زوج أو سيد
بطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت، وإن كانت لاوطأ اما لعدم الزوج
أو السيد واما افقيتهما أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث مالم يجاوز أكثر مدة الحمل

والبنات على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لأن الغلام يضرب بنصيب ابني ابن، فان كان لسكك
واحد منهما بنت فلفلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه وعلى القول الآخر له
ثلثاه ولها سدسها، وإن كان المدعيان رجلاً ومة والمدعى جارية فانا وخلفا أبو يهنا تم مات أبو الأصغر
فلها النصف والباقي لأبي العم لأنه أبوه، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضاً وعلى القول
الآخر لها الثلثان لأنها بنت ابن وبنت ابن ابن، وإن كان المدعى رجلاً وابنة فأت الابن فلها نصف ماله
وإذا مات الأب فلها النصف أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان، وقال أبو حنيفة إذا تداعى الأب
وابنه قدم الاب ولم يكن الابن شيء وان مات الأب أولاً فله بين أبيه وبينهما على ثلاثة وتأخذ نصف
مال الأصغر لكونها بنته والباقي لكونها اخته وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعى وقف نصيبه
ودفع الى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا

(فصل) وإذا كان المدعون ثلاثة فأت أحدهم وترك ابناً والفاتم مات الثاني وترك ابناً والفين
ثم مات الثالث وترك ابناً وعشرين الفاتم مات الغلام وترك أربعة آلاف وأماً حرة وقد ألحقته القافة
بهم فقد ترك خمسة عشر الف وخمسمائة فللأم سدسها والباقي بين اخوته الثلاثة اثلاثاً، وإن كان موتهم
قبل ثبوت نسبه دفع الى الام ثلث تركته وهو الف وخمسمائة لأن أدنى الاحوال أن يكون ابن صاحب
الالف فيرث منه خمسمائة وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن
صاحب الالف وابن صاحب الالفين ما وقف من مال أبيهما لأنه إن لم يكن أحدهما فذلك لهما من
مال أبيهما وان كان أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بآثره منه ويرد على ابن الثالث تسعة

وذلك أربع سنين في أصح الروايتين ، وفي الأخرى سنتان (وإثنائي) أن تضعه حيا فإن وضعته ميتا لم يرث في قولهم جميعا ، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة وانفقوا على أنه إذا استهل صارخا ورث وورث ، وقد روى ابن داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « إذا استهل المولود ورث » وروى ابن ماجه بإسناده عن جابر عن النبي ﷺ مثله ، واختلفوا فيما سوى الاستهلال فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه ، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل صارخا فالمشهور عن أحمد رضي الله عنه أنه لا يرث حتى يستهل ، وروى ذلك عن ابن عباس والحد بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة وبجينة بن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد وإصحاق لأن مفهوم قول النبي ﷺ « إذا استهل المولود ورث » أنه لا يرث بغير الاستهلال وفي لفظ ذكره ابن سراقه عن النبي ﷺ أنه قال في العنبي المنفوس « إذا وقع صارخا فاستهل ورث وتمت ديته وسمي وصلي عليه وإن وقع حيا ولم يستهل صارخا لم تتم ديته وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة » ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حي والحركة تكون من غير حي فإن ألقمهم مختلفا سيما إذا خرج من مكان ضيق فتضامت

آلاف وثلاث الف ويبقى ثلث الف موقوفة بينه وبين الام لأنه محتمل أن يكون أحافيهكون قد مات من أربعة عشر ألفا لأمه ثلثها ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب الالف كلها ويدعي منها ابن صاحب الالفين الفين وثلثا فيكون ذلك موقوفا بينهما وبين الام وسدس الالف بين الام وابن صاحب الالف ، فإن ادعى اخوان ابنا ولهما أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعى وقف من مال الاول خمسة أنساء منها تسعان بين الغلام والبنت وثلثة أنساء بينه وبين الاب ويوقف من مال الثاني خمسة أسداس بينه وبين الاب ، فإن مات الاب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ما ورثه عن ابنته والباقي بين الغلام وبنت الابن لأنه ابن ابنة يتيمة ويدفع الى كل واحد منهم من الموقوف اليقين فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وينظر ماله من كل واحد منهم في الحايين فيعطيه أقلهما ، فللغلام في حال كل الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الاول وفي حال كل الموقوف من مال الاول وثلث الموقوف من مال الثاني فله أقلهما ، ولبنت الميت الاول في حال النصف من مال أبيها وفي حال السدس من مال أمها ، ولبنت الاب في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشار من مال الاول في دفع اليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه ، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى ، فإن اختلفت أجناس التركة ولم يصر بعضها قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها ما بينا في الدرام ان تراضوا بذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفعيل المشكوك فيه على الصلح .

أجزاءه ثم خرج إلى مكان فسيح فانه يتحرك من غير حياة فيه ثم إن كانت فيه حياة فلا يعلم كونها مستمرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فان الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت ، واختلف في الاستهلال ما هو قبيل الصراخ خاصة وهذا قول من ذكرنا في هذه المسئلة . ورواه أبو طالب عن أحمد قال لا يرث الا من استهل صارخا ، وإنما سمي الصراخ من الصبي الاستهلال تجوزاً والاصل فيه أن الناس اذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا وأراه بعضهم بعضاً فسمى الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالاً لانه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به . وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال يرث السقط ويورث اذا استهل قبل له ما استهلاله ؟ قال اذا صاح أو عطس أو بكى . فعلى هذا كل صوت بوجوده يعلم به حياته فهو استهلال وهذا قول الزهري والشافعي بن محمد لانه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ

ومن أحمد رواية ثالثة اذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام المستهل لانه حي فنثبت له أحكام الحياة كالمستهل وبهذا قال انثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وداود ، وإن خرج بعضه حياً فاستهل ثم انفصل بآية ميتا لم يرث وبهذا قال الشافعي رضي

(فصل) ولوادعي اثنان غلاما فألحقته القافة بهما، ثم مات أحدهما وترك الفأ وعماً وبناتاً مات الآخر وترك الفين وابن ابن ثم مات الفلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان للبنت من تركه أيها ثلثها وللغلام ثلثاها وتركه الثاني كلها له لانه ابنه فهو أحق من ابن الابن، ثم مات الفلام عن خمسة آلاف وثلثي ألف فلامه ثلث ذلك ولاحتة نصفه وباقيه لابن الابن لانه ابن أخيه ولا شيء للعم، وإن لم يثبت نسبه فلابنه الاول ثلث الألف ويوقف ثلثاها وجميع تركه الثاني، فإذا مات الفلام فلامه من تركته ألف وثمان مائة لان أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي ألف ويرد للموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لانه لما أما عن صاحبها أو الفلام ويرد للموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنه لانه له اما عن جده واما عن عمه وتطلى الام من تركه الفلام الفأ وتسمي ألف لانها أقل ما لها ويقت ألف وسبعة أنساع ألف تدعي منها الام أربعة أنساع ألف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعي منها ابن الابن الفأ وثلثا تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفاً بينهما حتى يصطلحوا، ولو كان للمولود في يدي امرأتين وادعاهن معاً أرى القافة معهما فإن ألحقته بأحدهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات وإن ألحقته بهما أو فتنه ضمها لم يلحق بأحدة منهما وإن قامت لكل واحدة منهما هيئة تمارضتا ولم نسمع باتباعها وبه قال أبو يوسف والشافعي وقال أبو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثاه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين

وبنا أن إحدى الميتين كاذبة بقينا فلم نسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردها ودها لدم الميم بينهما ولان هذا محال فلم يثبت يمينه ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما ولو أن امرأتين صاحبي ادعى كل واحدة

الله عنه وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا خرج أكثره فاستهل ثم مات وورث لقوله عليه السلام « إذا استهل المولود ورث » ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره

(فصل) وإن ولدت توأمين فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فإن كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكراً وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما، وإن كانا ذكراً وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي : من أصحابنا من قال يفرع بينهما فمن أخرجه القرعة جعل المستهل كالوطلق إحدى نسائه فلم يعلم بعينه ثم مات أخرجه بالقرعة. وقال الخبري ليس في هذا عن السلف نص وقال الفرضيون تعمل المسئلة على الحالين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه، ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال . (ومن مسائل ذلك) رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملاً منه فولدت توأمين ذكراً وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فقبل إن كان الابن المستهل فللام السادس والباقي له تروث أمه ثلثه والباقي لأمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر لأم الميت ثلاثة ولام الولد خمسة ولامهم عشرة، وإن كانت البنت المستهلة فالمسئلة من ستة فتموت البنت عن ثلاثة لأمها سهم ولعمها سهمان والسنة

كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يلحقهما وإن صدقت أحدهما لحقه كما لو كان بالغا قاعياً فصدق أحدهما ولو أن صبياً مع امرأة فقال زوجها هو ابني من غيرك فقالت بل هو ابني منك لهما جميعاً وقد ذكرنا لحاق النسب في هذه المسائل والاختلاف فيه وإنما ذكرناه ههنا لأجل الميراث لانه مبني عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب الاقرار بمشارك في الميراث)

إذا أقر الورثة كلهم بوارث فصدقهم أو كان صغيراً أو مجنوناً ثبت نسبه وارثه سواء كان الورثة جماعة أو واحداً ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودماويه والايمان التي له وعليه كذلك في النسب وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر الى ابن زمعة وأقبضه فإنه ابنه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر » ففضى به لعبد بن زمعة وقال « احتجبي منه يا سودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه المدد كالشهادة، والمشهور عن أبي يوسف أنه لا يثبت النسب إلا باتين ذكرين كانا أو أنثيين عدلين أو غير عدلين .

ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه المدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلا يعتبر فيه العدد كقرار الموروث واختاره بالعدة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة وينبطل بالاقرار بالدين

تدخل في ثمانية عشر فن له شيء من الثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من الستة مضروب في ثلاثة فسدس الام لا يتغير والعلم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد فهذا البقين فياخذها ولام الولد خمسة في ميم وسهم في ثلاثة فياخذها ويقف سهمين بين الاخ وأم الولد حتى يصطلحا عليها ويحتمل أن يقتسماها بينهما امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابنا وبنتا واستهل أحدهما ولم يعلم فالمستلثان من أربعة وعشرين إذا أعطيت كل واحد أقل من نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة ، فان كان معهما بنت فكل واحدة من المستلثين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر . امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت ابنا وبنتا فاستهل أحدهما فان كان المستهل الاخ فهي من ستة وثلاثين ، وإن كانت الاخت المستهلة فهي من ثلاثة عشر فالمستلثان متباينتان فاضرب احدهما في الاخرى تكن أربعة مائة وثمانية وستين وكل من له شيء من إحدى المستلثين مضروب في الاخرى فيدفع لكل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها ثمة بين المرأة والعلم وخمسة بين الام والعلم ، فان كانت المرأة والام حاميتين فوضعنا معاً فاستهل أحدهما فكل واحدة منهما ترجع الى ستة

(فعل) في شروط الاقرار بالنسب لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة أو عليه ، على غيره فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقرب به مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لمن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه (والثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضاً فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقرب به يحتمل أن يولد لثله (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثبت وجري مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ، ولو طلب احلانه على ذلك لم يستحلف لان الاب لو عاد فجدد النسب لم يقبل منه ، وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فاما إن كان اقراراً عليه وعلى غيره كاقارده بأخ اعتبر مع الشروط الاربعة شرط خامس وهو كون المقر جسيم الورثة ، فان كان المتر زوجاً أو زوجة ولا وارث معها لم يثبت النسب باقرارهما لان المقر لا يرث المال كله فان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وان كان الوارث أما أو بنتاً أو اختاً أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله نسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال ، ولهم فيما إذا وافق الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد وقد ذكرناه ، فان كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما لانهما يأخذان المال كله وإذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبر في الشروط التي

وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر منها أربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والعم

(فصل) وإذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أهو من الأول أو من الثاني فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككتنا فيه لأن الأصل عدم استهلاله. فعلى هذا الاحتمال إن علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وإن جهل عينه كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه. وقال الفريضيون يعمل على الأحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي (ومن مسائل ذلك) أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهلت احدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر هل استهلت الأخرى أو تكررت من واحدة قليل إن كان منها جميعاً فقد ماتتا عن أربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتاً فحكم الفرقي فن ذهب إلى انه لا تورث إحداهما من الأخرى قال قد خلفنا أما واخنا وهما فتصح من ثمانية عشر وإن كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالمدس فتصير ستة وثلاثين للأم اثنا عشر وللأخت كذلك ولعم تسعة ونقف ثلاثة تدعي الام منها سهمين والعم سهماً وتدعيها الأخت كلها فيكون سهان بينهما وبين الام وسهم بينهما وبين العم. زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبناتاً فاستهل

معتبر في الاقرار بالأخ وكذلك إن أقر بهم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه

(فصل) وإن كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين، وورثته أو قاتلاً فلا جرة به ويثبت النسب بقول الآخر وحده لأنه يجوز جميع الميراث ثم إن كان المقر به يرث شريك المقر في الميراث وإن لم يكن وارثاً لوجود مانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً (مسئلة) (وسواء كان المقر به يحجب المقر أو لا يحجبه كاخ يقر بابن للميت أو ابن ابن يقر بابن للميت أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين فإنه يثبت نسبه بذلك ويرث ويسقط المقر)

هذا اختيار ابن حامد والقاضي وابن شريح وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن تورثته يفضي إلى إسقاط تورثته فسقط لأنه لو ورث لخرج المقر عن كونه وارثاً فيسقط. اقراره ويسقط نسب المقر به وتورثته فيؤدي تورثته إلى إسقاط تورثته فأثبتنا النسب دون الميراث ولنا أنه إن ثبت النسب لم يوجد في حقه مانع من الارث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه بيئته ولأن ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا تورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع، وما احتجوا به لا يصح لأننا إنما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه عن الميراث بالاقرار لا يمنع صحته بدليل أن الابن إذا أقر بأخ فإنه يرث مع كونه يخرج باقراره عن أن يكون جميع الورثة. فإن قيل إنما يقبل اقراره إذا صدقه المقر به نصار اقراراً من جميع الورثة وإن كان المقر به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله هنا

أحدهما سم سم الاستهلال مرة أخرى فلم يدر ممن هو فإن كان الاستهلال تكرر من البنت فهي الأكدرية وماتت عن أربعة بين أمها وجدها فتصح من أحد وعمانين، وإن تكرر من الأخ لم يرث شيئا والمستثناة من ستة لأجد منها سهم وإن كان منهما فللام السدس ولزوج النصف ولجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لها بين الجد والام على ثلاثة فصار للام أربعة ولجد خمسة وثمانية عشر توافق أحدا وعمانين ولا تساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الأكدرية أربعة وخمسون والام تسعا المثل من مسألة استهلالا معا ستة وثلاثون ولجد السدس من مسألة استهلال الأخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة وأربعون يدعى الزوج منها سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعى منها الجدة سبعة وثلاثين ونقول الثمانية الفاضلة الام فيحتمل أن تدفع إليها لأن الزوج والجدة يقران لها بها

(نهل) وإذا ضرب بطن حامل فماتت غلى المضارب غرزة مورثة عن الجنين كأنه سقط حيا وبهذا قل مالك وأبو حنيفة والشافعي وسائر الفقهاء إلا شيئا يحكى عن ربيعة وأبيث وهو شذوذ لا يرجع إليه، فإن قيل فكيف تورثون منه وهو لا يرث قلنا تورث منه لأن الواجب بدل منه فورثته ورثته

فانه إن كان المقر به كبيرا فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وإن كان صغيرا غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الآخر كالأقارب الذين أحدهما صغير فأقر البالغ ماخ آخر لم يقبل ولم يقولوا به ولا يعتبر موافقته كذا ههنا ولأنه لو كان في يد إنسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له، وإن كان المقر يخرج بالأقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(مسألة) (وإن أقر بعضهم لم يثبت نسبه إلا أن يشهد منهم عدلان أنه ولد على فراشه أو أن الميت أقر به)

وجملته أنه إذا أقر أحد الوارثين بوارث مشارك لهم في الميراث لم يثبت النسب بالأجماع لأن النسب لا يتبع بعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر ولا إثباته في حقهما لأن أحدهما منكرف فلا يقبل إقرار غيره عليه ولم توجد شهادة يثبت بها النسب، ولو كان المقر عدلان لأنه إقرار من بعض الورثة، وقال أبو حنيفة يثبت إذا كانا عداين لأنهما بينة فهو كالشهادة به

ولنا أنه إقرار من بعض الورثة لم يثبت به النسب كالأولاد، وفارق الشهادة لأنه يعتبر فيها العدالة والأكدرية والإقرار بخلافه. فاما أن يشهد به عدلان أو شهدا أنه ولد على فراشه أو أن الميت أقر به ثبت النسب وشاركهم في الإرث لأنهما لو شهدا على غير مورثهما قبل فكذلك إذا شهدا عليه

(مسألة) (وعلى المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه)

إذا أقر بعض الورثة ولم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده كن خاف ولدين فأقر أحدهما بأخ فله ثلث ما في يده وإن أقر بأخت دفع إليها خمس ما في يده عن ميراثه ههنا قول مالك

كدية غير الجنين، وأما توريثه، فمن شروطه كونه حيا حين موت موروثه ولا يتحقق ذلك فلا نورثه مع الشك في حياته .

(فصل) ودية المقتول موروثه عنه كسائر أمواله إلا أنه اختلف فيه عن علي فروي عنه مثل قول الجماعة وعنه لا يرثها إلا عصبائه الذين يعقلون عنه وكان عمر يذهب الى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبي ﷺ توريث المرأة من دية زوجها قال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الزهري سمع سعيد بن المسيب يقول كلف عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول الدية لعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا فقال له الضحاك الكلابي كتب الى رسول الله ﷺ : أن اوث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى الامام احمد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قضى ان العتل ميراث بين ورثة القتل على فرائضهم ، وباسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «المرأة ترث من مال زوجها وعقله ويرث هو من ماله وعقلها ما لم يقتل واحد منهما صاحبه » إلا أن في اسناده رجلا مجهولا وقال ابراهيم قال رسول الله ﷺ «الدية على الميراث والعقل على العصبه » وقال أبو ثور هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه ولا تنفذ منها وصاياه

والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ومجيب بن آدم ووكيع واسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة ، وقال النخعي وحامد وأبو حنيفة وأصحابه يقاسمه ما في يده لانه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أبينا وكأن ما أخذ من المنكر تاف أو غصب فيستوي فيهما في وقال الشافعي وداود لا يلزمه في الظاهر دتم شيء اليه ، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أصحهما لا يلزمه لانه لا يرث من لا يثبت نسبه وإذا قلنا يلزمه ففي قدره وجهان

ولنا على الثاني أنه أقر بحق مدعيه يمكن صدقه فيه ويد المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فلزمه ذلك كالوافر له بمعين ولانه اذا علم أن هذا أخوه وله ثلث التركة وتيقن استحقاته لها في يده بعضه وصاحبه يطلبه لزمه دفعه اليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع ، وعدم ثبوت نسبه في الظاهر لا يمنع وجوب دفعه اليه كما لو غصبه شيئا ولم يتم بيئته بخصمه

ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالناضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء معين ولانه حق تعلق بحل مشترك باقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسمه كما لو أقر أحد الشريكين بمجنابة على العبد ولان التركة بينهم اثلاثا فلا يستحق مما في يده الا الثلث كما لو ثبت نسبه بيئته ، ولانه اقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالقرار بالوصية وكاقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ولانه لو شهد معه أجنبي بالنسب ثبت ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجرها نفعاً الى نفسه لئلا يكون يسقط بعض ما يستحق عليه . فعلى هذا إذا خلف اثنين فأقر أحدهما بأخ فلزمه له ثلث ما في يد المقر وهو سدس المال لانه يقول نحن ثلاثة لاسكل واحد منا

وعن أحد نحو من هذا وقد ذكر الحرق فيمن أوصى بثلاث ماله لرجل قتل وأخذت دينه فلموصى له بالثلاث ثلث الدية في إحدى الروايتين والآخرى ليس لمن أوصى له بالثلاث من الدية شيء، ويبنى هذا على أن الدية ملك للثلاث أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان : أحدهما أنها تحدث على ملك للثلاث لأنها بدل نفسه فيكون بدل ماله كدية أطرافه الملقوعة منه في الحياة ولا يملأ سقطها عن القاتل بمدجر حياهه كان صحيحا وليس له إسقاط حق الورثة ولأنها مال موروث فأشبهت سائر أمواله والآخرى أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء لأنها إنما تستحق بعد الموت وبالموت تزول أملاك الثلث الثابتة له ويخرج من أن يكون أهلا للملك وإنما يثبت الملك لورثته ابتداء، ولا أعلم خلافا في أن الميت يجهز منها إن كان قبل تجهيزه لأنه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيرا فأولى أن يجب ذلك في دينه

(فصل) في ميراث المفقود وهو نوعان [أحدهما] الغائب من حاله الملاك وهو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين وقد ملك جماعة أو في مركب انكسر ففرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قرية فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة

الثلاث وفي يدي النصف ففضل في يدي ثلث السدس فيدفعه إليه وهو ثلث ما في يده وفي قول أبي حنيفة يدفع إليه نصف ما في يده وهو الربع، وإن أقر بأخت دفع إليها خمس ما في يده لأنه يقول نحن اخوان وأخت فللك الخمس من جميع المال وهو خمس ما في يدي وخمس ما في يد أخي فيدفع إليها خمس ما في يده وفي قولهم يدفع إليها ثلث ما في يده، وقارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة وهما يستحق الثلث فافترقا

(فصل) إذا خلف ابنا واحداً فافر بأخ من أبيه دفع إليه نصف ما في يده في قول الجميع فإن أقر بده بأخ فاتفقا عليه دفعا إليه ثلث ما في أيدهما في قولهم جميعا، فإن أنكر المقر به ثانيا المقر به أولا لم يثبت نسبه قال القاضي هذا مثل العامة ادخلني أخرجك، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيدهما لأنه لم يقر بأكثر منه . وقال الشافعي يلزم المقر أن يقرم له نصف التركة لأنه أتلفه عليه بأقراره الأول . قال شيخنا ويحتمل أن لا يبطال نسب الأول لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الاقرار وإن لم يصدق المقر به الأول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع إليه المقر ثلث ما بقي في يده لأنه الفضل الذي في يده، ويحتمل أن يلزمه ثلث جميع المال لأنه قوته عليه بدفع النصف إلى الأول وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث، وسواء دفعه إليه بحكم حاكم أو بغير حكمه لأن أقراره على حكم الحاكم وسواء علم بالحال عند أقراره بالأول أو لم يعلم لأن العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف، وحكي نحوه هذا من شريك ويحتمل أنه إن علم بالثاني حين أقر بالأول وعلم أنه إذا أقر به بعد الأول لا يقبل ضمن لأنه قوت حق غيره بغيره وان لم يعلم لم يضمن لأنه لا يجب عليه الاقرار بالأول إذا علمه ولا يجوز به إلى

الوفاة وحلت للأزواج نص عليه الامام أحمد وهذا اختيار أبي بكر ، وذكر القاضي انه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين لانه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه والاول أصح لان عدة أنما تكون بعد الوفاة فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله ، وإن مات للمفقود من برته قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وبما يشك في مستحقه وقسم باقيه ، فإن بان حياً أخذ ورد الفضل إلى أهله ، وإن علم انه مات بعد موت موروثه دنع نصيبه مع ماله إلى ورثته ، وإن علم انه كان ميتاً حين مرت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول ، وإن مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضاً الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا تورثه مع الشك كالجنين الذي يسقط ميتاً ، وكذلك إن علمنا انه مات ولم يدر متى مات . ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور فقدان فيما علمنا إلا أن مالكا والشافعي رضي الله عنهما في التميمي وافقوا في الزوجة أنها تزوج خاتمة والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين ، فأما ماله فانفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في ثلثها على ما سنذكره في الصورة الأخرى إن شاء الله تعالى ، لانه مفقود لا يتحقق موته فأشبه التاجر والسائح ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما ذكرناه في العدد ، وإذا ثبت ذلك في

حاکم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن وقيل هذا قياس قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن كان الدفع بمحكم جازم دنع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالتأخذ منه كرها وإن دفعه بغير حاکم دفع الى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الى الاول ما ليس له تبرعاً

ولنا على الاول أنه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الامام يد السارق فصرى الى نفسه وإن أقر بهما بثالث فصدقاه ثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم اذا كان مع كل واحد ثلث المال وإن كذبا لم يثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد المقر به وفي ضمانه ما زاد التفصيل في التي قبلها وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبه من أهل البصرة

(مسئلة) (فإن لم يكن في يد المقر فضل فلا شيء للمقر به)

لانه لم يقر له بشيء ، فإذا خلف أخاً من أب وأخاً من أم فأقرا بأخ من أبوين ثبت نسبه لان كل الورثة أقروا به وأخذ جميع ما في يد الأخ من الأب لانه يسقطه في الميراث ، وإن أقر به الأخ من الأب وحده أخذ ما في يده لما ذكرنا ولم يثبت نسبه لان الذي أقر به لا يرث المال كله ، وإن أقر به الأخ من الأم وحده فلا شيء له لانه ليس في يده فضل يقر له به وكذا إن أقر بأخ آخر من أمه لذلك فأما إن أقر بأخوين من أم فانه يدفع اليهما ثلث ما في يده لان في يده السدس فيأقرا به اعترف أنه لا يستحق من الميراث الا التسع فيبقى في يده نصف التسع وهو ثلث ما في يده ، وقال أبو حنيفة في ثلاثة أخوة مفترقين اذا أقر الأخ من الأم بأخ من أم فله نصف ما في يده وإن أقر بأخ من أبوين فله مقر به خمسة أسباع ما في يده وعلى قولنا لا يأخذ منه شيئاً لانه لا فضل في يده

النكاح مع الاحتياط إلا بضاع في المال أولى . ولأن الظاهر هلاكه فأشبهه ما لم يمضت مدة لا يعيش في مثلها [النوع الثاني] من ليس الغالب هلاكه كالسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ونحو ذلك ولم يعلم خبره ففيه روايتان (إحداهما) لا يقسم ماله ولا تزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود إلى اجتهد الحاكم ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ومحمد بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأصل حياته والتقدير لا يبصار إليه إلا بتوقيف ولا توقف هنا فوجب التوقف عنه

(والرواية الثانية) أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم قد وهذا قول عبد الملك بن الماجشون لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا ، وقال عبد الله بن عبد الحكم ينتظر به إلى تمام سبعين سنة مع سنة يرم فقد وله ما يحتاج بقول النبي ﷺ « أعمار امتي ما بين الـبعين والستين » أو كما قال ، ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه التسعين

وقال الحسن بن زياد ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة . قال ولو قد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى فيكون له مع ستين سنة مائة وعشرون سنة فيقسم

(مسئلة) (وطريق العمل فيها أن تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار وتندفع الى انقرسهم من مسئلة الاقرار مضروبا في مسئلة الانكار)

وللمنكر سهم من مسئلة الانكار مضروب في مسئلة الاقرار وما فضل فهو للمقر ، ولو خاف ابنين فأقر أحدهما بإخوين فصدقه أخوه في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ثم تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر للمنكر سهم من الانكار في الاقرار أربعة وللمقر سهم من الاقرار في الانكار ثلاثة والمتفق عليه أن صدق المقر مثل سهمه وإن أنكر مثل سهم المنكر وما فضل للمخالف فيه وهو سهرازي في حال التصديق ونهم في حال الانكار ، وقال أبو الخطاب لا يأخذ المتفق عليه من المنكر في حال التصديق الأربع ما في يده فصاحبه من ثمانية للمنكر ثلاثة وللمخالف فيه سهم واحد من الاخوين سهمان . إذا خاف ابنين فأقر الأكبر بإخوين فصدقه الاصر في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ، فمسئلة الانكار إذاً من ثلاثة ومسئلة الاقرار من أربعة فتضرب أحدهما في الاخرى تكن اثني عشر ثلاثين سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار أربعة وللأكبر سهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار ثلاثة والمتفق عليه أن أقرب صاحبه مثل سهم الآخر ، وإن أنكر مثل سهم الاصر ، وذكر أبو الخطاب أن للمتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر الأربع ما في يده لأنه لا يدعي أكثر منه ويأخذ هو والمخالف بينهما الأكبر نصف ما في يده فتصح من ثمانية للمنكر ثلاثة أثمان وللمقر سهمان وللمخالف سهم . وذكر ابن البان أن هذا قياس قول مالك والشافعي ، وفي هذا نظر لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد جهر

ماله حيث بين ورثته ان كانوا أحياء ، وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود وكان ماله للأحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار ، فان مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ولم يكن لورثة المفقود قل الأولوي : وهذا قول أبي يوسف ، وحكي الخبري عن الأولوي انه قل : ان الموقوف للمفقود ، وان لم يعلم خبره يكون لورثته . قال وهو الصحيح عندي ، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن البيان عن الأولوي فقال لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة يوم أو بعد قلده يوم وتمت مائة وعشرون سنة لم تورث منه شيئاً ولم نورثه منها لاننا لا نعلم أيهما مات أولاً وهذا قياس قول من قال في الفرقى انه لا يورث ائحدم من صاحبه ويرث كل واحد الاحياء من ورثته ، قال القاضي هذا قياس قول احمد وانفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود الا الاحياء من ورثته بم قسم ماله لان مات قبل ذلك ولو يوم ، واختلفوا فيمن مات وفي ورثته منفق فذهب أحمد واكثر النجباء على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره أو تمضي مدة الانتظار فتعمل الميرثة على أنه حي ثم على أنه ميت وتضرب إحداهما في الاخرى إن تباينت أو

من يدعي الزيادة فوجب دفعها اليه ونظير هذا ما لو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له إنما هي لهذا المدعي قلها تدفع اليه

وقد رد الخبري على ابن البيان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها اليه ، قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضه الى النصف الذي هو بيد المقر بهما فيقتسمانه أثلاثاً فتصح من تسعة ، للمنكر ثلاثة ، ولكل واحد من الأخوين سهمان ، وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا

قال شيخنا ولا يستقيم هذا على قول من لا يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لان المقر بهما والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسمان وقيل يدفع الاكبر اليهما نصف ما في يده ويأخذ المتفق عليه من الاصغر ثلث ما في يده فيحصل للاصغر الثلث والاكبر الربع ، والمتفق عليه السدس والثلث ، والمختلف فيه الثلث ، وتصح من أربعة وعشرين : للاصغر ثمانية ، والمتفق عليه سبعة ، وللأكبر ستة ، والمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذه والاول أصح إن شاء الله تعالى .

﴿ مسألة ﴾ (وإن خلف ابنا فأقر بأخوين بكلام متصل فتصادقا ثبت نسبهما فان تجاحدا فكذلك في أقوى الوجهين لان نسبهما ثبت باقرار من هو كل الورثة قبلهما وفي الآخر لا يثبت لان الاقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده ، فان صدق

في وقتها ان انفقتا وتجزئى، بإحدهما ان تاملنا أو باكثرهما ان تناسبتا وتعلّى كل واحد أقل النصيبين ومن لا يرث الا من أحدهما لا تعطيه شيئا وتقف الباقي ولهم ان يصلحوا على ما زاد على نصيب المفقود واختاره ابن البيان لانه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوفي وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة وهي متفية ثم يقال له لك أن تصلح على بعضه بل ان جاز ذلك فالاولى أن تقسم المسئلة على تقدير الحياة وتقف نصيب المفقود لا غير ، والاول أصح ان شاء الله فان الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقته ويتبن الحياة معارض بظهور الموت فينبغي ان يوقف كالأئدة عن اليقين في مسائل الحل والاستهلاك ، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لانه حقهم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفة كما تقدم في نظائره ووجوب وقفة لا يمنع الصلح عليه لذلك ولان تجوز أخذ الانسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير اذنه ، وظاهر قول الوفي هذا أن تقسم المسئلة على أنه حي ويقف نصيبه لا غير ، وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقسم المال على الموجودين لأنهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يورث مع الشك ، وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنته

صدق أحدهما بصاحبه وجعده الآخر ثبت لسب المتفق عليه وفي الآخر وجهان ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده ، وإن كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يثبت إلى إنكار التكر منها سواء تجاحداً مآ أو جحد أحدهما صاحبه لا بما لم كذبها فأنهما لا يفرقان ، ومتى أقر الوارث بأحدهما ثبت لسب الآخر وإن أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت به لسب الكبيرين المتجاحدين ، وهل يثبت على الوجه الآخر ؟ فيه احتمالان (أحدهما) يثبت لأنه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجعده أحد فهو كالنفرد (والثاني) لا يثبت لأن أحدهما وارث ولم يقر بالآخر فلم ينفق كل الورثة على الاقرار به فلم تعتبر موافقة الآخر كما لو كانا صغيرين .

﴿ مسألة ﴾ (فإن أقر بأحدهما بعد الآخر أعطى الاول نصف ما في يده) بغير خلاف وثبت سبه لانه أقر به كل الورثة ويقف ثبوت نسب الباقي على تصديقه لأنه صار من الورثة ، وبطل الثاني ثلث ما بقي في يده لانه الفضل فانه يقول نحن ثلاثة

﴿ مسألة ﴾ (وإن أقر بعض الورثة بأمرأة لليت لزمه من أرثها بقدر حصته) يعني يلزمه ما يفضل في يده لها عن حقه كما ذكرنا في الاقرار .

﴿ مسائل ﴾ من هذا الباب إذا خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت تصدقته احد أخويه في الاخ والآخر في الاخ لا يثبت نسبها ويدفع المقر بالأخ اليه ويبع ما في يده ويدفع المقر بها (الجزء السابع) (٢٧) (الفتي والشرح الكبير)

وابن ابن ابوه مفقود والمال في يد الابنتين فاخترصموا الى القاضي فانه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً سواء اعترفت الابنتان بفقده أو ادعيا موته وإن كان المال في يد ابن المفقود لم يعط الابنتان الا النصف أقل ما يكون لهما وإن كان المال في يد أجنبي فأقر بان الابن مفقود وقف له النصف في يده وإن قال الاجنبى قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين الى البنتين وبوقف الثلث الا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الاول

(ومن مسائل ذلك) زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسألة الموت من سبعة وعشرين لانها مسألة الاكدرية ومسألة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالأ تساع فتضرب تسع إحداها في الاخرى تكن أربعة وخمسين وللزوج النصف من مسألة الحياة والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث ، وللأم التسعان من مسألة الموت والسدس من مسألة الحياة فتعطى السدس ، وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت وتسعة من مسألة الحياة فيأخذ التسعة ، وللأخت ثمانية من مسألة الموت وثلاثة من مسألة الحياة فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة إن بان أن الاخ حي أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وإن بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه أخذت الأم ثلاثة والأخت خمسة والجد سبعة ، واختار الجمهور أن المدة

اليها ثلث ما في يده ويدفع المقر بالأخت اليها سبع ما في يده ، فأصل المسألة ثلاثة أسهم ، سهم المقر يقسم بينهما وينتسب على تسعة ، له ستة ولها ثلاثة ، وسهم المقر بالأخ بينهما على أربعة له ثلاثة ولأخيه سهم ، وسهم المقر بالأخت بينهما وينتسب على سبعة ، له ستة ولها سهم وكلها متباينة فاضرب أربعة في سبعة في تسعة ثم في أصل المسألة تسكن سبعمائة وستة وخمسون ، للمقر بها ستة في أربعة في سبعة مائة وثمانية وستون ، والمقر بالأخت ستة في أربعة في تسعة مائتان وستة عشر ، والمقر بالأخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة تسعة وثمانون ، وللأخ المقر به سهران في أربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في سبعة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر ، وللأخت سهم في أربعة في سبعة ثمانية وعشرون ، وسهم في أربعة في تسعة ستة وثلاثون ، مجتمع لما أربعة وستون ، ولا فرق بين تصادقهما وتجاودهما لانه لا فضل في يد أحدهما عن ميراثه ، ولو كان في هذه المسألة ابن رابع لم يصدق في واحد منهما كان أصل المسألة من أربعة أسهم : سهم على أحد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم يفرد به الجاحد فتصح المسألة من ألف وتسعمائة وثمانين سهماً وطريق العمل فيها كالتي قبلها :

(فصل) إذا خلف بنتاً وأختاً فأقرتا بصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الأخت هي بنت فلها

ثلث ما في يد الأخت لا غير .

وهذا قول ابن أبي ليلى ولحمد بن الحسن والقولوي ويحيى بن آدم تخبيط كثير يطول ذكره وإن خلف امرأة وبنتاً وأختاً فأقررن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الأخت هي أخت فقال الجمهور تعطى ثلث المال لانه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات

إذا مضت ولم يتبين أمره أن يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته فإنه كان محكوماً بحياته لأنها البقية وإنما حكنا بموته بمضي المدة

ولنا أنه مال موقوف لمن ينتظر من لا يعلم حاله فإذا لم تتبين حياته لم يكن لورثته كالموقوف للحمل، ولورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة. زوج وأبوان وابناتان مفقودتان مسألة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة أحدهما من ثلاثة عشر وفي موتهما من ستة فتضرب ثلث الستة في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطى الزوج والأبوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروباً في اثنين ثم في ثلاثة عشر وتقف الباقي، وإن كان في المسئلة ثلاثة مفقودون حملت لهم أربع مسائل، وإن كانوا أربعة حملت لهم خمس مسائل وعلى هذا، وإن كان المفقود بمحجب ولا يرث كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود وقت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الأبوين وقيل لا يوقف ههنا شيء ونعطى الأخت من الأب السبع لأنها لا تمحى بالشك كما لا ترث بالشك والاول أصح لأن دفع السبع اليها توريث بالشك وليس في الوقف حجب يقبنا إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها وبعارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الأبوين والتوسط بما ذكرناه أولى والله أعلم

على حسب اقرارهم وقد أقرت لها البنات بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الأخت بأربعة ونصف، وأقرت لها المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم لها منها ثمانية وهي أربعة أخماسها فنخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين ومنها تصح، فإذا بلغت الصغيرة فصدقت أحداً من أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه، وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن ليلى يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به فإذا بلغت فصدقت أحداً من أمكست ما أخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها، وهذا القول أصوب إن شاء الله لأن فيه احتياطاً على حقها.

ثلاثة أخوة لأب ادعت امرأة أنها أخت الميت لأبيه وأمه فصدتها الأكبر وقال الأوسط هي أخت لام وقال الأصغر هي أخت لأب قال الأكبر يدفع اليهما نصف ما في يده ويدفع إليها الأوسط مدس ما في يده ويدفع إليها الأصغر سبع ما في يده وتصح من مائة وستة وعشرين لأن أصل مسئلتهم ثلاثة فمسئلة الأكبر من اثنين ومسئلة الثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في خمسة تكن اثنين وأربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم تتأخذ من الأكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الأوسط سدسه سبعة ومن الأصغر سبعة ستة صار لها أربعة وثلاثون وهذا قياس قول ابن أبي ليلى، وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الأصغر فيضم إلى نصف ما يد أحدهما وتضيفه إلى ما يد الآخر وتقسم الأوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فنضم الثلاثة إلى ما يد

(فصل) والاسير كلفتقود اذا اقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور ، وحكي عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث لانه عبيد ، وحكي ذلك عن النخعي وتادة والصحيح الاول والكفار لا يكون الا حرار والله أعلم

(فصل) في التزوج في المرض والصحة ، حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه وقال مالك أي الزوجين كان مريضاً مرضاً مخوفاً حال عقد النكاح فاسد لا يوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية ، وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث كالامة والقمية فقال بعضهم يصح لان لا ينهم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون واردة ، وقال ربيعة وابن أبي ليلى المصدق والميراث من الثلث ، وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينهما وعن القاسم بن محمد والحسن إن قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح

ولنا انه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في محله

الأكبر وتقاسمه على ما بيده على أربعة لها ثلاثة وله منهم فاجمل ما في يد الأصغر أربعة عشر ليكون لسبعة نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة وأربعين وثمانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الأصغر سبعة وهو ستة وعشرون تغم الى ما بيد كل واحد من اخوته ثلاثة عشر فيصير معه مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الاوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة تضيفها الى ما بيده الأكبر يصير معه مائتان وأربعون فتأخذ ثلاثة أربعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للاوسط مائة وخمسون وللأصغر مائة وستة وخمسون وترجم بالاختصار إلى سدسها وهو أحد وتسعون

(فصل) إذا خلب ابناً فأقر بأخ ثم جحدته لم يقبل جحدته ولزمه أن يدفع اليه نصف ما بيده ، فان أقر بعد جحدته بآخر احتمل ان لا يلزمه له شيء لانه لا فضل في يده عن ميراثه وهذا قول ابن أبي ليلى وان كان لم يدفع الى الاول شيئاً لزمه ان يدفع اليه نصف ما بيده ولا يلزمه للإخ شيء لما ذكرنا ويحتمل ان يلزمه دفع النصف الباقي كله الى الثاني لانه فوته عليه وهو قول زفر وبعض البصريين ويحتمل ان يلزمه ثلث ما في يده للثاني لانه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو أقر بالثاني من غير جحد الاول ، وهذا احد الوجود لأصحاب الشافعي ، وقال اهل العراق ان كان دفع الى الاول بقضاء دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده وان كان دفعه بغير قضاء دفع الى الثاني ثلث جميع المال ، وان خلف اثنين فأقر احدهما بأخ ثم جحدته ثم أقر بآخر لم يلزمه للثاني شيء لانه لا فضل في يده وعلى الاحتمال الثاني يدفع اليه نصف ما بقي في يده وعلى الاحتمال الثالث يلزمه دفع ما بقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الاول في المسئلة الاولى دون الثاني

بشرطه فيصنع كحال الصحة ، وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة صدق كل واحدة ألفاً لم يضيّق بهن على امرأته وبشركتها في ميراثها فأجيز ذلك . وإذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده لعموم الآية ، ولأن النبي ﷺ قضى لبروع بنت اوشق بالميراث وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً ، ولأن النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي وإذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالتقول عن أحد أنه قال فيمن تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أول فانه يفرق بينهما وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئاً قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يقرع بينهما ، فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث إذا ماتت عنهما وعن النخعي والشعبي ما يدل على أن المهر والميراث يقسم بينهما على حسب الدعاوى والتزويل كميراث الخنثى وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلح عليه أو يتبين الأمر فلو تزوج

(فصل) إذا مات رجل وخلف ابنين فأت أحدهما وترك بنتاً فأقر الباقي باخ له من أبيه ففي يده ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربماً وسدساً فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به فإن أقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة إن أقر الأخ دفع إليه نصف ما في يده وإن أقرت البنت دفعت إليه خمسة أسباع ما في يدها لأنها تزعم أن له ربماً وسدساً وذلك خمسة من اثني عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منها سهمان وله خمسة . بتان وعم مات أحدهما وخلفت ابناً وبنتاً فأقرت البنت بخالة فقريضة الانكار من تسعة وقريضة الاقرار من سبعة وعشرين لها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فيقدم اليها سهمان ، وإن أقر بها الابن دفع اليها سهمين ، وإن أقرت بها البنت الباقية دفعت اليها التسع وإن أقر بها العم لم يدفع اليها شيئاً ، وإن أقر الابن بخال له فستة الاقرار من اثني عشر له منها سهمان وهما السدس يفضل في يده نصف تسع ، وإن أقرت به اخته دفعت إليه ربع تسع ، وإن أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع إليه نصف السدس ، وإن أقر به العم دفع إليه جميع ما في يده . ابن مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بأم لايه فقريضة الانكار من أربعة للمقر منها ثلاثة أرباعا وقريضة الاقرار من اثنين وسبعين للمقر منهما أربعون بفضل في يده أربعة عشر سهماً يدفعها إلى المرأة التي أقر بها وترجع بالاختصار إلى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون وللبنت تسعة والمقر لها سبعة ، وإن أقرت بها البنت فلها من قريضة الاقرار خمسة عشر سهماً وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل في يدها ثلاثة تدفعها إلى المقر لها ، وإن أقر الابن زوجة لايه وهي أم الميت الثاني فيستة الاقرار من ستة وتسعين لها منها

امراة في عقد وأربعا في عقد ثم مات وخلف أخا ولم يعلم أي العقدين سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعي مهرأ كمل لا ينكره الاخ فتعطي كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والاربع فيقسم للواحدة نصفه وللاربعة نصفه ، وعند الشافعي رضي الله عنه أكثر ما يجب عليه أربعة مهر فأخذ ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربعها ميراثا يدعي الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران ورابع بين الاربع وبين الاخ ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ ، وإن تزوج امرأة في عقد واثنين في عقد وثلاثا في عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس . فعلى قول أهل العراق لمن مهران يقيين والثالث لمن في حال دون حال فيكون لمن نصفه ثم يقسم ذلك بينهم اكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لمن ميراثا فللواحدة ربعه يقينا وتدعي نصف سدسه فتعطي نصفه فيصير لها من الربع سدسه ومعه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنتان يدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهما فيعطيان نصفه وهو ثمانية أسهم ، والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهما فيعطيان تسعة هذا قول محمد بن الحسن

سنة وخمسون وفي يده ثلاثة أرباع ففضل معه ستة عشر سهما يدفعها الى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختار الى اثني عشر لان سهامهم كلها تتفق بالأمان فيكون للمقر سبعة وللمقر لها سهمان وللبنت ثلاثة ، وما جاء من هذا الباب فهذا طريقه . ابوان وابنتان اقتسما التركة ثم أقروا بالبنت للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة أبي قال فربضة في الاقرار من ثمانية عشر للابوين ستة ولكل بنت أربعة فاسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى أربعة عشر للابوين منها ستة وأما اخذا ثلث الاربعة عشر وذلك أربعة أسهم وثلاثا سهم فيبقى لهما في يد البنتين سهم وثلث بأخذاتها منها فاضرب ثلاثة في أربعة عشر تكن اثنين واربعين فقد اخذا ابوان أربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة ، بأخذاتها منها ويبقى للابنتين أربعة وعشرون ، وإن قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثها خمسة وثلاثا وبقي لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان

(مسئلة) إذا قال مات أبي وانت أخي فقال هو أبي ولست بأخي لم يقبل انكاره لانه نسب الميت اليه بانه أبوه واقرب مشاركة المقر له في ميراثه بطريق الاخوة فلما انكر اخوته لم يثبت اقراره به وبقيت دعواه انه أبوه دون غير مقبولة كما لو ادعى ذلك قبل الاقرار . فاما ان قال مات أبوك وأنا أخوك فقال لست بأخي فالمال للمقر له وذلك لانه بدأ بالاقرار بان هذا الميت أبوه فثبت ذلك له ثم ادعى مشاركته بعد ثبوت الابوة للمقر له وذلك لانه بدأ بالاقرار بان هذا الميت أبوه فثبت ذلك له ثم ادعى

(مسئلة) (فان قال مات زوجتي وانت أخوها فقال لست بزوجه فهل يقبل انكاره؟ على وجهين)

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة عشر بين الثلاث والاثنتين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين سهماً ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في الثمانية وأربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال ، وعند الشافعي رضي الله عنه تعلى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور : مهران منها بين الخس ومهر تدعيه الواحدة والاثنتان وربع ميراثا وتدعيه اثلاث مهرأ وثلاثة أرباعه تدعيه الاخرى ميراثا وتدعيه الثلاث مهرأ ، ويؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربعه الى الواحدة ونصف صلحه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلاثه بين الثلاث والاثنتين موقوف ، فان طلبت واحدة من الخس شيئاً من الميراث للموقوف لم يدفع اليها شيء وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لم يدفع اليه شيء ، وإن طلبت واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنين دفع اليها ربع الميراث وان طلبه واحدة من الاثنين واثنين من الثلاث أو اثلاث كاهن دفع اليهن ثلثه ، وان عين الزوج المنكوحات أولاً قبل تعيينه وثبت ، وان وطئ واحدة منهن لم يكن ذلك تعيناً لها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وللموطوءة الاقل من المسمى أو مهر للثل فيكون الفضل بينهما موقوفاً ، وعلى قول أهل العراق يكون تعينها ، فان كانت للموطوءة من الاثنين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث ، وان كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنين ،

وهذه المسئلة تشبه الاولى من حيث انه نسب الميتة اليه بالزوجة في ابتداء اقراره كالنسب الابوة اليه في قوله مات امي ، وتارقها في ان الزوجية من شرطها الاشهاد ، ويستحب الاعلان بها واشهارها فلا تكاد تخفى ويمكن اقامة البينة عليها بخلاف النسب فانه انما يشهد عليه بالاستفاضة غالباً

(فصل) اذا اقر من اعيلت له المسئلة بمن يزيل العول كزوج واختين اقرت احدهما باخ لها فاضرب مسئلة الاقرار وهي ثمانية في مسئلة الانكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة من مسئلة الانكار سهمان في مسئلة الاقرار ستة عشر وللمقره سهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار سبعة يبقى في يدها تسعة ، فان انكر الزوج دفعها الى اخيها المقر به وتعطي الزوج ثلاثة من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار اربعة وعشرون ، فان اقر الزوج به فهو يدعى تمام النصف اربعة والاخ يدعى اربعة عشر تكن ثمانية عشر والسهم المقر بها تسعة فاذا قسمتها على الثمانية عشر فللزوج منها سهمان وللأخ سبعة فان اقرت الاخوات به وانكر الزوج دفع الى كل اخت سبعة والى الاخ اربعة عشر يبقى اربعة يقران بها للزوج وهو ينكرها ، ففي ذلك ثلاثة اوجه (احدها) ان تقر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له (والثاني) يصطلح عليها الزوج والاختان له نصفها ولها نصفها لانها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها للأخ لأنه لا يَحْتَمَلُ ان يكون له فيها شيء بحال (الثالث) يؤخذ الى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك ، ومذهب أبي حنيفة في الصورة الاولى ان انكر الزوج اخذت المقره سهمها من سبعة فقسمتها بين اخيها ونبتها على ثلاثة فنضرب ثلاثة في سبعة تكن احدى وعشرين لها منها ستة لها سهمان ولأخها اربعة وان اقر الزوج ضم سهامه الى سهمها تكن خمسة واقتسامها بينهم على سبعة للزوج اربعة وللأخ سهمان

وان وطى واحدة من الاثنين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق للبدوء بوط، واحدة منه والوطوة التي لم يصح نكاحها مهر مثلها، فان أشكل أيضا أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويقي مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين اللوطوتين نصفين ويقي مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم وعند الشافعي لا حكم للوط في التعيين، وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج؟ فيه قولان، ففي قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل للوطوتين تعطى كل واحدة الاقل من المسمى أو مهر المثل ونصف الفضل بينهما ويقي مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنين والميراث على ما تقدم

وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة أبت طلاق إحداهن ثم نكح خامسة ومات ولم يدر أبتن طلق للخامسة ربع الميراث وللاربعة ثلاثة أرباعه بينهما وهذا مذهب أبي حنيفة إذا كن نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة إحدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل أن يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة أرباع الباقي وما بقي أربعين الاربع الاول أرباعا وفي قول الشافعي رضي الله عنه ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم

والاخذت سهم واضرب سبعة في سبعة تكن تسعة واربعين ومنها تصح للمنكرة سهمان في سبعة اربعة عشر وللزوج اربعة في خمسة وللأخ سهمان في خمسة والمقرة سهم في خمسة

(مسئلة) (فان كان معهم اختان من أم فمسئلة الانتكار من تسعة ومسئلة الاقرار من اربعة وعشرين وهما يتفقان بالاثلاث اذا ضربت وفق احداها في الاخرى تكن اثنتين وسبعين للزوج من مسئلة الانتكار ثلاثة في وفق مسئلة الاقرار اربعة وعشرون وللأختين من الام سهمان في ثمانية ستة عشر وللمنكرة كذلك والمقرة سهم من مسئلة الاقرار في وفق مسئلة الانتكار ثلاثة يبقى في يدها ثلاثة عشر للاخ منها ستة ضعف سهمها يبقى سبعة اسهم لا يدها احد ففيها الاوجه الثلاثة التي ذكرناها)

(احدها) تقر في يد المقررة (والثاني) تؤخذ الى بيت المال (والثالث) يقسم بين الزوج والمقرة والأختين من الام على حسب ما يحتمل انه لم لان هذا المال لا يخرج عنهم فان المقررة ان كانت صادقة فهو للزوج والأختين من الام وإن كذبت فهو لها وإن كان لم لا يخرج عنهم قسم بينهم على قدر الاحتمال كما قسمنا الميراث بين الختى ومن معه على ذلك. فلي هذا يكون للمقرة النصف وللزوج والأختين النصف بينهم على خمسة لان هذا في حال المقررة وفي حال لها فقسم بينهم نصفين ثم جعل نصف الزوج والأختين بينهم على خمسة لان له النصف ولها الثلث وذلك خمسة من ستة فتقسم السبعة الاسهم بينهم على عشرة للمقرة خمسة وللزوج ثلاثة وللأختين سهمان، فإذا أردت تصحيح المسئلة فاضرب المسئلة وهي اثنان وسبعون في عشرة، ثم كل من له شيء من اثنتين وسبعين مضروب في عشرة

﴿فصل في الطلاق﴾

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بلاك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما مادامت في العدة سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه ، وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه وبلاك أمساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد ، وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً أو رجعياً فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً ، وإن كان الطلاق في المرض المحرف ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها إن ماتت ، يروى هذا عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبإذلال عروة وشريح والحسن والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي رضي الله عنه القديم

وروى عن عتبة بن عبد الله بن الزبير لا ترث ببتوة وروى ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعي الجديد لأنها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة أو كالمكحل الطلاق باختيارها ولأن أسباب ميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الأسباب

ومن له شيء من عشرة مضروب في سبعة وإن صدقتها الزوج فهو يدعي اثني عشر تمام النصف والآخر بدعي ستة. تكن ثمانية عشر والثلاثة عشر لا تنقسم عليها ولا توافقها فاضرب المسئلة في ثمانية عشر تكن ألفاً ومائتين وستة وتسعين ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في ثمانية عشر ومن له شيء من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة عشر فلزوج أربعة وعشرون في ثمانية عشر أو براءة وإثنان وثلاثون وللأختين من الأم مائتان ثمانية وعشرون وللمنكر كذلك وللقررة ثلاثة في ثمانية عشر أربعة وخمسون وللأخ ستة في ثلاثة عشر ثمانية وسبعون وللزوج اثنا عشر في ثلاثة عشر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار إلى مائتين وستة عشر لأن السهام كلها تتفق بالأسداس وعلى هذا عمل ما ورد عليك من هذه المسائل إذا فهمتها إن شاء الله تعالى

(فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والمعم أنه أخو الميت فصدقها ثبت نسبه واخذ ميراثه وإن أقرت المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر إقرارها شيئاً وإن صدقتها الآخر وحده فللمرأة الربع بكاله إلا أن تجوز الوصية وللمعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصي وإن صدقتها المعم ولم يصدقها الوصي فله الثلث والمرأة الربع والباقي يقرب به المعم لمن لا بدعيه ففيه الأوجه الثلاثة التي ذكرناها وإن أقر به المعم وحده فصدقته الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع والمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتل أن يكون لها لأن الموصى له يعترف بإطلاق الوصية أو وقوفها على إجازة

(الجزء السابع) (٢٨) (الفتي والشرح الكبير)

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبح الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان مطلقاً في مرضه فبئس واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعاً ولم يثبت عن علي ولا عبد الرحمن خلاف في هذا بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن لأن مت لا ورثتها منك قال قد علمت ذلك وماروي عن ابن الزبير أن صح فهو مسبوق بالاجماع ولأن هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعروض بنقض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث بما قرب بجرمانه، إذا ثبت هذا فالمشهور عن أحمد أنها ترث في العدة وبعدها ما لم تنزوج قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها إذا طلقها المريض أنها ترث في العدة وبعدها ما لم تنزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول النبي وحميد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة وذكر عن أبي بن كعب لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أباه خلق أمه وهو مريض فأتت فورثته بعد انقضاء العدة ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة فإنه قال في رواية الأثرم يلزم من قال له أن يتزوج أربما قبل انقضاء عدة مطاقه أنه لو طلق أربما نسوة في مرضه ثم تزوج أربما ثم مات من مرضه ذلك أن الثمان يرثه

المراة ولم تجزها ويحتل الاوجه الثلاثة وإن لم يصدقه أخذ الثلث بالوصية وأخذت المرأة السدس بالميراث ويبقى النصف في الاوجه الثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ميراث القاتل

(كل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة يمنع القاتل ميراث المقتول سواء كان القاتل عمداً أو خطأ بمباشرة أو سبب صغير أو كان القاتل أو كبيراً أو مجنوناً)

لا يرث قاتل العمد وقد أجمع عليه أهل العلم إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنها ورثاه وهو رأي الخوارج لأن آية الميراث تتناولهم بموهم فيجب العمل بها ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه فإن عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون أبيه وكان حذفه بسيف فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعاً وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول «ليس لقاتل شيء» رواه مالك في موطئه والامام أحمد بسنده وروي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن اللبان بإسناده ورواهما ابن عبد البر في كتابه وروي ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث» رواه الامام أحمد بإسناده ولأن توريث القاتل يقضي الى تكثير القتل لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فأرسل الله تعالى فيه قصة البقرة ويقال ما ورث قاتل بعد طميل وهو اسم القتل فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أن القاتل لا يرث أيضاً نص

كلهن فيكون مسلماً يرثه ثمان نسوة وهذا القول يلزم منه توريث ثمان وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك ولأنه قال في المطلقة قبل الدخول لا ترث لأنها لأعدة لها وهذه كذلك فلا ترث وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم لأنها تباح لزواج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز ذلك كما لو تزوجت وإن تزوجت المبتوتة لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانت من الزوج الثاني هذا قول أكثر أهل العلم وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا لرواية الأولى ولأنها شخص يرث بماتته الزوجية فورث معها كسائر الوراثين .

ولأن هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجها سواء كسائر الزوجات ولأن التوراث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالأمة ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها فأشبهه بما لو كان فسبح النكاح من قبلها .

(فصل) ولو صح من مرضه ذلك ثم مات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروى عن النخعي والشافعي والثوري وزفر أنها ترثه لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كما لو لم يصح .

عليه أحمد يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وروى نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والثوري والشمسي وشريك والحسن ابن صالح ووكيع ويحيى بن آدم والشافعي وأصحاب الرأي وذهب قوم إلى أنه يرث من المال دون الدية روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والأوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروى نحوه عن علي لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة تخصص قائل العمد بالاجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه .

ولنا الأحاديث المذكورة ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والخائف في الدين ، والعمومات مخصصة بما ذكرناه فعلى هذا القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق فالعمد وشبه العمد والخطأ وما أجري مجراه كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وكل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة .

(مسئلة) (فأما ما لا يضمن بشيء من هذا القتل قصاصاً أو حداً أو دفناً عن نفسه وقتل العادل الباغي والباغي العادل فلا يضمن وعنه لا يرث العادل الباغي ولا الباغي العادل فيخرج منه أن كل قاتل لا يرث) وجملة ذلك أن القتل المانع من الارث ما كان مضموناً على ما ذكرنا فأما ما ليس بمضمون فلا يضمن الميراث كالقتل قصاصاً وحداً ودفناً عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة موليّه بماله فله من سقي دواء أو بط خراج فوات أو من أمره انسان قاتل كبير يبط خراجه أو قطع سلمته فوات بذلك ورثه في ظاهر المذهب قال أحمد إذا قتل الباغي العادل في الحرب يرثه وعن أحمد أن العادل

ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالمطلقة في الصحة ولأن حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والاعتاق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكره يطل بما إذا قصد الفرار بالطلاق في صحته

(فصل) ولو طلق امرأته ثلاثاً في مرضه قبل الدخول بها فقال أبو بكر فيها أربع روايات (أحدها) لها الصداق كاملاً والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لأن الميراث ثبت للدخول بها لفراره منه وهذا قار وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكيل الصداق وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لانا جعلناها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولأن الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها (الثانية) لها للميراث والصداق ولا عدة عليها، وهو قول عطاء، لأن العدة حق عليها فلا يجب بفراره (الثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لأن من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق لأن الله تعالى نص على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ولا يجوز مخالفته والرابعة لاميراث لها ولا عدة عليها ولما نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم. قال أحمد، قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة

إذا قتل الباغى في الحرب لا يرثه وتقتل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهود شهدوا على أحتم بالزنا فرجعت فرجموا مع الناس يرثونها هم غير قتلة وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فإنه قال في رواية ابنه صالح وعبد الله لا يرث الباغى العادل ولا العادل الباغى وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال وهو ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر الحديث ولأنه قاتل فأشبهه الصبي والمجنون وقال أبو حنيفة وصاحبه كل قتل لا يأنم فيه لا يمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والتائم والساقط على إنسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها ورأكبها إذا قتلت يدها أو فيها فإنه يرثه لأنه قتل غير متهم فيه ولا أنم فيه أشبه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الأخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن في ماعداه تبقى على مقتضاها ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالحطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فأنفى إلى تعلقه ولأنه حرم الميراث في عمل الوقاق كيلاً يفضي إلى اتحاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس المعصومة وفي مسئلتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضي إلى إجماد قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الأصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لأنه قتل محرم وتحويت نفس معصومة والتوريث يفضي إليه بخلاف مسئلتنا إذا ثبت هذا فالشارك في القتل في الميراث كالنفرد لأنه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلموا فقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لأنه غير مضمون

عليها . قال الحسن ترث قال احمد اذهب الى قول حابر وذلك لان الله تعالى نص على تنصيف الصداق ونفى العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم . وأما الميراث فانها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح فأشبهت المطلقة في الصحة والله أعلم . ولو خلاها وقال لما أطأها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة لا وفاة ويكمل لها الصداق لان الحلوة تكفي في ثبوت هذه الاحكام وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه

(فصل) ولو طلق المدخول بها طلاقا رجعيًا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق صحة ، وإن طلقها واحدة في صحته وأبناها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحكمها حكم مالهو ابتداء طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها فان طلقها واحدة في صحته وأخرى في مرضه ولم بينها حتى بانت باقضاء عدتها لم ترث لان طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينوتها

(فصل) أربعة أخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر سقط القصاص عن الأكبر لان ميراث الثاني صار للثالث والأصغر نصيبين فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه وورثه الأكبر فرجع إليه نصف دم نفسه وميراث الأصغر جميعه فسقط عنه القصاص ليراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الثالث ويرثه في ظاهر المذهب فان اقتصر منه وورثه أخوته الثلاثة ولو أن اثنين قتل أحدهما أحداً وبهها وهما زوجان ثم قتل الآخر أباً الآخر سقط القصاص عن الأول ووجب على القاتل الثاني لان الأول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وامه فلما قتل الثاني امه ورثها قاتل الاب فصار له من دم نفسه ثمة فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فان قتله ورثه في ظاهر المذهب وان جرح أحدهما أباه والآخر امه ومات في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل واحد منهما مال القتي لم يقتله ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه ولكل لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على اخيه الا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء الا بإبطال حق الآخر فيسقطان وان غني أحدهما عن الآخر فلا أثر لقتل العاني ويرثه في الظاهر ، إن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه لان القصاصين لما تآويا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقط فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفي منهما متعدياً باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله وان أشكل كيفية موت الابوين وادعى كل واحد منهما أن قتله أو لهما موتاً خرج في توريثهما ما ذكرنا في الفرق من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك

(فصل) وإن طلقها ثلاثاً في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات في عدتها ففيه وجهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لأنها مطلقة في المرض أشبه ما لو لم ترتد (والثاني) لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها فعلت ما ينافي النكاح أشبه ما لو تزوجت ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنهم لا ترثه ولنا أنها مطلقة في المرض لم تفعل ما ينافي نكاحها مات زوجها في عدتها فأشبه ما لو لم ترتد، ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ورثته الآخر لأن النكاح باق فإن انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر، وإن قلنا أن الفرقة تعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويخرج أن يرثه الآخر إذا كان ذلك في مرض موته لأنه تمحصل به البينونة فأشبه الطلاق وهو قول مالك، وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج (فصل) إذا طلق المسلم المريض زوجته الامة والدمية طلاقاً بائناً ثم أسلمت الذمية وعقبت الامة

قالوا فيها كافي قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال لأشبهه والله أعلم ويكون لكل واحد منهما دية الآخر وماله

باب ميراث المعتق بمضه

لا يرث العبد ولا يرث سواء كان قنأ أو مديراً أو مملوكاً أو أم ولد. قال شيخنا لا أعلم خلافاً في أن العبد لا يرث إلا ماروي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشتري من ماله ويعتق ويرث وقاله الحسن وحكي عن طاوس أن العبد يرث ويكون ما ورثه سيده ككسبه وبكا لو رعى له ولأنه نصح الرعية له فيرث كالملك ولنا أن فيه نقصاً منع كونه موروثاً فمنع كونه وارثاً كارتد ويفارق الوصية فإنها نصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض باختلاف الدين، وقول ابن مسعود لا يصح لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الأقارب وذلك لأن الميراث صار لأمه بالموت فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم وأجمعوا على أن المملوك لا يرث لأنه لا مال له فإنه لا يملك، ومن قال أنه يملك بالتملك فليكن ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «من باع عبداً وله مال فإله قبلته» إلا أن يشترطه المبتاع. ولأن السيد أحق بمنفعه واكتسابه في حياته فكذلك بدمماته ومن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يرث ولا يحجب علي وزيد والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، والاسير الذي عند الكفار يرث إذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن المسيب فإنه قال لا يرث لأنه عبد ولا يصح لأن الكفار لا يملكون الأحرار ماله وهو باق على حرثته فيرث كالملك

ثم مات في عدتهما لم ترثاه لانه لم يكن عند الطلاق فاراً ، وإن قال لها في المرض اذا عتقت أنت أو أسلمت أنت فأنتما طالقتان فعتقت الامة وأسلمت القمية ومات ورثناه لانه فار فان قال لها أنها طالقتان غداً فعتقت الامة وأسلمت القمية لم ترثاه لانه غير فار ، وإن قال سيد الامة أنت حرة غداً ، وقال الزوج أنت طالق غداً وهو يعلم بقول السيد ورثته لانه فار ، وإن لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي رضي الله عنه ولم أعلم لهم مخالفاً

(فصل) وإذا قال لامرأته في صحته إذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المرض سواء ، فإن أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثاً لم يقبل إقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي رضي الله عنه يقبل إقراره ، ولنا أنه إقرار بما يعطل به حق غيره فلم يقبل كالأمر بما لها

(فصل) وإن سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال امة ضي فيه روايتان (أحدهما) لا ترثه لانه ليس بنار (والثانية) ترثه لانه طلقها في مرضه وهو قول مالك وكذلك الحكم إن خالها أو علق الطلاق على مشيتها فشاءت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعلته أو خبرها فاخبرت نفسها والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه لانه لا فرار منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه ، وإن لم تعلم

(فصل) والمدير وأم الولد كائناً لانه رقيق بدليل أن النبي ﷺ باع مديراً ، وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك وأجارتها ونكحها حكم الامة في جميع أحكامها إلا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن فاما المكاتب فإن لم يملك قدر ماعليه فهو عبد لا يرث ولا يورث ، وإن ملك قدر ما يؤدى فنية روايتان (أحدهما) أنه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث روي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي وأبي ثور وعن ابن المسيب وشريح والزهرى نحوه لما روى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « إنما عبد كاتب على مائة أوقية فأداهما الا عشر أو اقره عبد وأبنا عبد كاتب على مائة دينار فأداهما الا عشرة دنانير فهو عبد » وعن محمد بن المنكدر وعبد الله مولى عفرة وعبد الله بن عبيدة أن النبي ﷺ قال لعتاب بن أسيد « من كاتب مكاناً فهو أحق به حتى يقضي كتابته » وقال القاضي وأبو الخطاب إذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب إيتؤه المكاتب فلا يجوز إيتاؤه على الرق لهجزه مما يجب ورده اليه (والرواية الثانية) أنه إذا ملك ما يؤدى صار حراً يرث ويورث فإذا مات له من يرثه ورث ، وإن مات فليسيده بنية كتابته والباقي لورثته لما روى أبو داود بإسناده عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « إذا كان لاحدا كن مكاناً وكان عنده ما يؤدى فلتحجب منه » وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يعطى سيده من ترك ما بقي من كتابته فإن فضل شيء كان لورثة المكاتب وروي نحوه عن الزهرى وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي

بتعليق طلاقها فنقلت معلق عليه ورثته لأنها معذورة فيه ، ولو سألت طاعة فطلقها ثلاثاً ورثته لأنه أباها بما لم يطلبه منه ، وإن علق طلاقها على فعل لا بد لها منه كعقوبة مكتوبة وصيام واجب في وقته ففعله فحكه حكم طلاقها ابتداء في قولهم جميعاً ، وكذلك إن علقه على كلامها لا بوجهها أو لاحدهما ، وإن قال في مرضه أنت طالق إن قدم زيد ونحوه مما ليس من فعلها ولا فعله فوجد الشرط فطلقت به ورثته (فصل) فإن علق طلاقها في الصحة على شرط وجد في المرض كقدوم زيد ومجيء غد وصلاتها

الغرض بآنت ولم ترث لأن اليمين كانت في الصحة

وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لأن الطلاق وقع في المرض والاول أصح وإن علقه على فعل نفسه ففعله في المرض ورثته لأنه أوقع الطلاق بها في المرض فأشبهه ما لو كان التعليق في المرض . ولو قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته وإن مات لم يرثها . وإن مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتمه لبقه على يحيى زيد أيضاً ، وكذلك إن قال إن لم أوفك مهرك فأنت طالق ، وإن ادعى الزوج أنه وقاعا مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها لأن الأصل بقاء الكحل ولم تصدق في براءته منه لأن الأصل بقاءه في ذمته ، ولو قال لها في

والشعبي والحسن ونهصور ومالك وأبو حنيفة إلا أن مالذا جعل من كان معه في كتابته أحق من لم يكن معه فإنه قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لآخيه دون ابنه وجعله أبو حنيفة عبداً ما دام حياً وإن مات أدي من تركته باقي كتابته والباقي لورثته ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال على المنبر انكم مكاتبون مكاتبين فأبهم أدى النصف فلا رق عليه وعن علي إذا أدى النصف فهو حر وعن عروة نحوه وعن الحسن إذا أدى الشطر فهو غريم ، وعن ابن مسعود وشريح مثله وعن ابن مسعود إذا أدى ثلثاً أو ربعاً فهو غريم وعن ابن عباس إذا كتب الصحيفة فهو غريم وعن علي قال : تجري العتاقة في المكاتب في أول نجم يعني يعتق منه بقدر ما أدى وعنه أنه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى ، وروى حماد بن سلمة عن أبيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه ، وفي رواية يؤدي المكاتب بقدر ما عتق منه دية الحر وقد مراراً منه دية العبد . قال يحيى بن أبي كثير وكان علي رضي الله عنه وسروان بن الحكم يقولان ذلك وقد روي حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ من سلا والحديث الذي رواه أنولنا أصح ولا نعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا وماذا كراه أولي إن شاء الله

(مسألة) (فأما المعتق بعضه فما كسبه بجزئه الحر فهو لورثته ويرث ويحجب بتدريافيه من الحرية)

وجه ذلك أن المعتق بعضه إذا اكتسب مالا ثم مات وخلفه فإن كان قد كسبه بجزئه الحر مثل أن يكون قد هائماً سيده على منذمته فاكسب في أيامه أو ورث شيئاً فإن الميراث إنما يستحقه بجزئه

الصحة أنت طالق ان لم أنزوج عليك فكذلك ، نص عليه أحمد وهو قول الحسن ، ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وان ماتت لم يرثها ، وان قذفها في صحته ولاعنها في مرضه ومات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي والشافعي ، وذكر القاضي رواية أخرى انها ترث وهو قول أبي يوسف وان آلى منها في مرضه ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت بالايلاء لم ترثه (فصل) وإذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها ان ماتت ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ، فان طأعته على ذلك لم ترث لانها مشاركة فيما يفسخ به نكاحها فأشبهه ما لو خالعه وسواء كان لليت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن ، فاذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غير وارث كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابناً من الرضاة أو ابن ابن محرم أو ابناً لليت أو بأبوين أو ابنتين أو كان لليت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لا تنفاه التهمة ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم يرث لا تنفاه التهمة حال الوطء ، ولو كان حال الوطء وارثاً فعاد محجوباً عن الميراث لو ذهبت لوجود التهمة حين الوطء ، ولو كان للمريض امرأتان فاستكره ابنة احداهما لم ترثه لا تنفاه التهمة ، منه لكون ميراثها لا يرجع اليه ، ولو استكره الثانية بعدما لورثت الثالثة لانه متهم في حقها ، ولو استكرهها معاً دفعة واحدة ورثنا جميعاً ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه ، فأما الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركتها كلها لورثته لاحقاً لك باقية فيها ، وقال قوم جميع ما خلفه بينه وبين سيده قال ابن القبار هذا غلط لان الشريك إذا أخذ حقه من كسبه لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ما كسبه بنصف الحر كما لو كان بين الشريكين فاقسما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر ، والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه فأما ان لم يكن كسبه بجزءه الحر خاصة ولا انهما كسبه فلذلك باقية من تركته بتدر ملكه فيه والباقي لورثته فان مات له من برثته فله يرث ويرث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية هذا قول علي وابن مـ عود رضي الله عنهما وبه قال عثمان التيمي وحزرة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر ، وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يرث واحكامه أحكام العبد وبه قال مالك والشافعي في القديم وجعلنا ماله لملك باقية قال ابن القبار هذا غلط لانه ليس لملك باقية على ما عتق منه ملك ولا ولا ولا هو ذو رحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزءه الحر ، وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزءه الحر لورثته ولا يرث هو ممن مات شيئاً وبه قال طائفة وعمر بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في توريثه والارث منه وغيرها وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشافعي والنخعي والحكم وسواد ابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد والشافعي وبهجي بن آدم ودارد وقال أبو حنيفة ان كان الذي لم يعتق استسعى العبد منه من تركته سعاية وله نصف ولاية وإن كان غرم الشريك فولأوه كله فلهذا أعنى بمضه

الشافعي رضي الله عنه فإنه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام، وكذلك الحكم فيها إذا وطئ المريض من ينفخ نكاحه بوطئها كأم امرأته أو بنتها فإن امرأته تبين منه وترثه إذا مات في مرضه ولا يرثها وسواء طارعه للوطء أو أكرهها فإن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل فيسقط به ميراثها، فإن كان زائلاً العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك لو وطئ ابنه امرأته مستكرها لها وهو زائل العقل لم ترث كذلك، فإن كان صبيها قاصلاً ورثت لأن له قصداً صحيحاً. وقال أبو حنيفة هو كالجنون لأن قوله لا عبرة به، وكذلك الحكم فيما إذا وطئ بنت امرأته أو أمها. والشافعي في وطء الصبي ابنة امرأته أو أمها قولان (أحدهما) لا يفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرّم (والثاني) أن امرأته تبين بذلك ولا ترثه ولا يرثها، وفي القبلة والمباشرة ذون الفرج روايتان (إحدهما) تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لاحتما مباشرة تحرّم في غير النكاح والملك فأشبهه الوطء. (والثانية) لا ينشره لأنه ليس بسبب للبضية فلا ينشر الحرمة كالنظر والخلو. وخرج أصحابنا في النظر إلى الفرج والخلو لشهوة وجهها أنه ينشر الحرمة

ولنا ما روى عبد الله بن أحمد ثنا الرملي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال في العتق يعتق بمضه « يرث ويورث على قدر ما عتق منه » ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياساً لأحدهما على الآخر إذا ثبت هذا فالتفريع على قولنا لأن العمل على غيره واضح وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه وإن كان عصبة لظفر ماله مع الحرية الكاملة فأعطي بقدر ما فيه منها فإذا خلف أمّاً وبنتاً نصفهما جبر وأباً حراً فلبنت نصف حريتها نصف ميراثها وهو الربع وللأم مع حريتها ورق البنت الثلث والسدس مع حرية البنت فقد حجبتها بحريتها عن السدس فنصف حريتها تحجبها عن نصفه يبقى لها الربع لو كانت حرة فلها نصف حريتها نصفه وهو الثمن والباقي للأب وإن شئت نزلتهم أحوالاً كتزويل الحثائي فتقول إن كانتا حرتين فالمسئلة من ستة للبنت ثلاثة وللأم السدس سهم والباقي للأب، وإن كانا رقيقين فاللأب، وإن كانت البنت وحدها حرة فلها النصف والمسئلة من اثنين وإن كانت الأم وحدها حرة فلها الثلث وهي من ثلاثة وكلها تدخل في الستة فتضربها في الأربعة الأحوال تكن أربعة وعشرين للبنت ستة وهي الربع لأن لها النصف في حاليين والأم الثمن وهو ثلاثة لأن لها السدس في حال والثلث في حال والباقي للأب ويرجع بالاختصار إلى ثمانية.

﴿مسئلة﴾ (وإن كان عصبان نصف كل واحد منهما حر كالأخوين فهل تنكح الحرية فيهما؟

يحمل وجهين، وإن كان أحدهما يحجب الآخر كابن وابن ابن فالصحيح أنها لا تنكح)

إذا كان عصبان لا يحجب أحدهما الآخر كابنتين نصفهما حر ففيه وجهان

(أحدهما) تنكح الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منها فإن كل منهما

(فصل) وان فلت المريضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة لزوجها أو رضاع زوجها الصغير أو ارتدت أو نحو ذلك فزنت في مرضها وبرزها الزوج ولم ترثه وهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يرثها

ولنا أنها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل، وإن اعتقت فاختارت نفسها لو كان الزوج ميتاً فأجل سنة ولم يصعبها حتى مرضت في آخر الحمل فاختارت فرته وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين، ذكره ابن الأبن في كتابه، وذكر القاضي في المفتة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها، وذلك لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين لعدم الضرر لا لفرار من الميراث، وإن قبلت ابن زوجها لشهوة خرج فيه وجهان.

(أحدهما) يفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة وماتت في عدتها، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه (والثاني) لا يفسخ النكاح به وهو قول الشافعي رضي الله عنه ولو أن رجلاً زوج ابنة أخيه وهي صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بغير خلاف لأنه لأن النكاح من أصله غير صحيح في صحيح المذهب وهو قول الشافعي رضي الله عنه، وروي عن أحمد ما يدل على صحته

واحد ورثا جميعاً ميراث ابن حر لأن نصفي شيء، شيء كامل، ثم يقسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما فإذا كان ثلثا أحدهما وثالث الآخر كان ما ورثاه بينهما أثلاثاً فإن نقص ما فيها من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيها وإن زاد على حر واحد وكان الحران فيها سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسوية، وإن اختلفا أعطي كل واحد منهما بقدر ما فيه قال الحنفي قال الاكثرون هذا قياس قول علي رضي الله عنه.

(والوجه الثاني) لا تسكل الحرية فيها لأنها لو تسكلت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحريين وإن كان أحدهما يحجب الآخر فقيس فيها وجهان والصحيح أن الحرية لا تسكل هنا لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثهم بعضهم بالخطاب وتنزيل الاحوال وحجب بعضهم بعض على مثال تنزيل الحثاني وهو قول أبي يوسف وقد ذكرناه.

(مسائل ذلك) (ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلها المال في أحد الوجهين وفي الآخر لها نصفه والباقي للنسبة أو لبيت المال إن لم يكن عصبه ويحتمل أن يكون لكل منهما ثلاثة أثمان المال لأنهما لو كانا حريين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لها شيء ولو كان الأكبر وحده حراً كان له المال ولا شيء للأصغر، ولو كان الأصغر وحده حراً فكذلك، فلكل واحد منهما في الاحوال الأربعة مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فإن كان معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الأول يقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة المباحلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية، وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين

ولما الحظر وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه إلا أن الفسخ لازالة الضرر لامن أجل الفرار فلم يبرئها
كالفسخ المقتضى نكاحها والله أعلم

(فصل) إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة ورثناه جميعا هذا
قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي رضي الله عنه والقول الآخر لا ترث المبتوتة فيكون
الميراث كله لثانية وقال مالك للميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وجعل بعض
أصحابنا فيها وجهاً أن الميراث كله المطلقة لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث
فكذلك بعده وليس هذا بصحيح قلنا إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو لم يطلقها وتزوج عليها
لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات فكذلك إذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاثاً في مرضه فليس للمطلقة
الأربع ميراث الزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربه وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة فالميراث
للزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي رضي الله عنه وأبي حنيفة وأصحابه والرواية الأخرى
أن الميراث للأربع وعند مالك الميراث كله للمطلقة وإن كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثاً في
مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها فالتكاح

صاحبي التصفين تصفين وعلى تنزيل الاحوال يحتمل أن يكون لكل واحد من نصفه حر سدس المال
وثمته، ولبن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه لأن لكل واحد المال في حال ونصفه
في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فيعطيه من ذلك وهو سدس وعن
ويعطى من ثلثه، وهو تسع المال ونصف سدسه ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على
الوجه الاول وعلى الثاني انصف بينهما نصفان والباقي للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع وللآخر
الربع ولو زلزلتها بالاحوال أفقضى الى هذا لأن للحر المال في حال والنصف في حال فلهما نصفهما وهو
ثلاثة أرباع وللآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ولو خاطبتهما لقات للحر : لك المال،
لو كان أخوك رقيقاً ونصفه لو كان حراً فقد حجبتك بحريته عن النصف فنصفها يحجبك عن الربع
يبقى لك ثلاثة أرباع، ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً فإذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو
الربع ابن ثلثه حر وابن ثلثه حر على الاول المال بينهما أثلاثاً وعلى الثاني اثنتان بينهما وللآخر ثلث
فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل الثلثان بينهما أثلاثاً فانا بالخطاب نقول لمن ثلثه حر لو كنت
وحدك حراً كان لك المال، ولو كنتما حريين كان لك النصف فقد حجبتك بحريته عن النصف فبثنتها
يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حراً فلك بثنائي حرية خمسة أنساع، ويقال للآخر
يحجبك أخوك بثنائي حرية عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فله بثلث حرية ثلث ذلك وهو
التسعة ويبقى التسعة لمصنعه ان كان أو ذي رحم وإلا لبيت المال ابن حر وبنت نصفها حر لابن
خمسة أسداس المال ولبنت سدسه في الخطاب والتنزيل جميعاً ومن جمع الحرية أفقضى قوله إلى أن له

باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الا وائل وهذا قول أبي حنيفة ومالك، وقال الشافعي رضي الله عنه النكاح صحيح والميراث الجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة وبجبي. على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوح (والثاني) أن يكون بينهما على خدمة لكل واحدة منهن خدمة فان مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان (إحدهما) لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق (والثانية) ترث معهن ولا شيء للمنكوحه وقال الشافعي رضي الله عنه الميراث للمنكوحات كلهن ولا شيء للمطلقة وإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة على روايتين (أحدهما) لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة ان يرث ثمان نسوة وان يرثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة وأختان وتورث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون تنكراً له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان (أحدهما) يكون الميراث بين الخمس (والثاني) يكون للمطلقة والمنكوحات الا وائل دون الجديدة لأن المريض ممنوع من أن يحررهن ميراثهن

أربعة أخماس المال ولما الخمس فان كانت البنت حر والابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيها جمل المال بينهما نصفين، ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فنجم الحرية فتلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتزويل والاحوال قال للابن المال في حال وثلاثه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة، وان شئت قلت ان قدرناهما حريين فهي من ثلاثة وان قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وإن قدرنا الابن وحده حراً فاللها له وإن قدرناهما رقيقين فاللها للعصبة فتضرب الاثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللابن المال في حال ستة وثلاثه في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال خمسة وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فان لم تكن عصبة جمعت للبنت في حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلاث فيجعل لها ربع ذلك وهو الثلث وإن كان معها امرأة وأم حرة كانت الحرية فيها فحجبها الام إلى السدس والمرأة إلى الثمن لان كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فاذا اجتمعا اجتمع الحجب ومن ورث بالاحوال والتزويل قال للام السدس في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلاث ثمن والمرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن وللابن الباقي في حال وثلاثه في حال فله ربعه وللبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربعه وإن لم يكن في المسئلة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللأم سبعة مكان سدس وتصح المسئلة إذا لم يكن فيها رد باليسط من اثنين

بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه وكلا الزوجين يمدأما أحدهما فيرده نص الكتاب على تورث الزوجات فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبيح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بل زوجية وعلى هذا لو طلق أربعة في مرضه واتقضت عدته ونكح أربعة سواهن ثم مات من مرضه فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان (أحدهما) أن الميراث كله للمطلقات وعلى الثاني هو بين الثمان وقال مالك الميراث للمطلقات ولا شيء للمنكوحات لأن نكاحهن غير صحيح عنده وإن صح من مرضه فتزوج أربعة في صحته ثم مات فالميراث لمن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه وكذلك أن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئاً إلا في قوله وقول من وافقه ولو طلق أربعة بعد دخوله بين ثلاثين مرضه وقال قد أخبرني بانه ضا، عدتهن فكذبته فله أن ينكح أربعة سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله علي بن حريمان الميراث وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي إذا كان بعد أربعة أشهر ، وقال زفر لا يجوز له التزوج أيضاً ولأول أصح لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لاحق لمن فيه فقبل قوله فيه فعلى هذا أن تزوج أربعة في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات ، وإن أقررنا بانقضاء عدتهن وقتنا للميراث لمن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضاً ، وإن مات

وثمانية وثمانين سهماً للام منها ستون للمرأة خمسة وأربعون وللأبن خمسة وثلاثون وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التورث فيكون لها ثلاثة أرباع الباقي وقال ابن اللبان لها سبعة عشر من ثمانية وأربعين لأنها لو كانتا خريبتان لكان لها سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لها بنصف حريتهما نصف ذلك وهذا غلط لأنه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه إياه بجميعها ولو ضاع ذلك لكان لهما حال انفراهما النصف بينهما من غير زيادة ، ابن وأبو أن نصف كل واحد منهما حر إن قدرناهم أحراراً فللأبن الثلثان وإن قدرناه حرراً وحده فله المال وإن قدرنا معه أحداً لأبوين حرراً فله خمسة أسداس فيجمع ذلك فله ثلاثة أموال وثلاثون غنماً وهو ربع وسدس وللاب المال في حال وثلاثون في حال وسدس في حالين فله من ذلك ربع وللام الثلث في حالين والسدس في حالين فله الثمن والباقي للعصبة وإن عملتها بالبسط قلت أن قدرناهم أحراراً فهي من ستة وإن قدرنا الأبوين وحده حرراً فهي من سهم وكذلك الأبوان قدرنا الأم وحدها حرة وقدرناها مع حرة الأب فهي من ثلاثة وإن قدرنا الأبوين مع الأب أو مع الأم فهي من ستة وإن قدرناهم رقيقاً قللنا للعصبة وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الأحوال وهي ثمانية تكن ثمانية وأربعين للأبن المال في حال ستة وثلاثون في حال أربعة وخمسة أسداس في حالين عشرة فذلك حصرون سماً من ثمانية وأربعين وللاب المال في حال ستة وثلاثون في حال أربعة وسدس في حالين

منهن ثلاث فالميراث لباقية ، وإن مات منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثاً أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات مع لاته لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحاً ، وإن تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الأولى من المنكوحات ، وإن مات اثنتان ورثت الأولى والثانية وإن مات ثلاث ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف والأولوني . وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات . وأما الشافعي رضي الله عنه فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات ، فلي قوله إذا طلق أرباعاً ونكح أرباعاً في عقد وعقد ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله التزويج يخرج فيه وجهان :

(أحدهما) أن الميراث بين الثمان (والثاني) أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات فلزم مات من المطلقات أو انتقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات ، وإن ماتت واحدة فلزوجات ربح ميراث النساء ، وإن ماتت اثنتان فلزوجات نصف الميراث ، فإن مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث إذا كان نكاحهن في عقد واحد ، وإن كان في عقود متفرقة فاذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها الأولى من المنكوحات وميراث الثانية والثالثة لثلاثة

وذلك اثنا عشر وللأم الثلث في حالين والسدس في جالين وذلك ستة وهي الثمن وإن كان ثلث كل واحد منها حراً زدت على الست نصفها نصير تسعة ونصيرها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والتسع وللأب اثنا عشر وهي السدس وللأم ستة وهي نصف السدس ولم تتغير سهامهم وأما صارت منسوبة إلى اثنين وسبعين وإن كان ربع كل واحد منهم حراً زدت على الستة مثلها وقيل فيما إذا كان نصف كل واحد منهم حراً للام الثمن وللأب الربع وللأخت النصف ابن نصفه حر وأم حرة للام الربع وللأخت النصف وقيل له ثلاثة أثمان وهو نصف ما يبقى فإن كان بدل الأم اختاً حرة فلها النصف وقيل لها نصف الباقي لأن الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها فإن كان نصفها حراً فلها الثمن على هذا القول وعلى الأول لها الربع فإن كان مع الابن أخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منهما نصف السدس وإن كان معه عصبية حر فله الباقي كله

(فصل) ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما نصفين في قول الجميع الا الثوري قال لابن الابن الربع لانه محجوب بنصف الابن عن الربع فإن كان نصف الثاني حراً فله الربع وإن كان معها ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للأب النصف وللأخت النصف لانه فيها حرة ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان لاشيء لثاني والثالث لأن ما فيها من الحرية محجوب بحرية الابن فإن كان معهم أخ

(فصل) إذا قل الرجل لزوجته احدا كن طالق يعني واحدة بعينها طلقت وحدها ورجع الى نفسه ويؤخذ بتقنين كلين الى أن تمين ، وإن كان الطلاق بائنا منع منهن الى أن يعين فان قال أردت هذه طلقت وحدها وإن قال لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة ، وإن عاد يقال أخطأت إنما أردت هذه طلقت الاخرى وإن متن أو احدها قبل أن يبين رجع الى قوله فن أقر بطلاقها حرمتها ميراثها وأحلفته لورثة من لم بعينها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وإن لم نعي بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة ، وكذلك ان طلق واحدة من نسائه بعينها فأفسدها فمات نخرجت بالقرعة فن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها . روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور . وروي عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأل فقال ان لي ثلاث نسوة واني طلقت احدها من قبلت طلاقها فقال ابن عباس رضي الله عنه إن كنت نويت واحدة منهن بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركت في الطلاق ، وإن لم تكن نويت واحدة بعينها فطلق أيهن شئت

وقال الشافعي رضي الله عنه وأهل العراق يرجع الى تعيينه في المسائل كلها فاذ وطئ احدها من كان تعيينها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وقال الشافعي لا يكون تعيينا قلن مات قبل أن يبين فالمرث بينهن كلين في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقهن كلين ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف ميراثهن ، وإن كان الطلاق قبل الدخول دفع الى

حر أو غيره من المصبات فله الباقي وإن كان نصفه حراً فله نصف ما بقي الا على الوجهين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر واخ ثلاثة ارباعه حر للابن النصف وللثاني ثلث الباقي وهو السدس وللأخ ثلاثة ارباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر للابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للاخ ثلاثة اخوة مفترقين نصف كل واحد حر للاخ من الام نصف السدس وللأخ من الابوين نصف الباقي وللأخ من الأب نصف الباقي وتصح من ثمانية واربعين للاخ من الام اربعة وللأخ من الابوين اثنان وعشرون وللأخ من الأب احد عشر وعلى القول الآخر للاخ من الام نصف سدس وللأخ من الابوين النصف وللأخ من الأب ما بقي فان كان معهم بنت حرة فلها النصف ولا شيء للاخ من الام وللأخ من الابوين الربع وللأخ من الأب الثمن والباقي للمصبة وعلى القول الآخر الباقي للاخ من الابوين وحده فان كان نصف البنت حراً فلها الربع وللأخ من الام ربع السدس وللأخ من الابوين نصف الباقي وللأخ من الأب الباقي

(فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للمصبة فان لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقي لذي الرحم فان لم يكن فليت المال فان كان معها ام حرة فلها الربع لان البنت الحرة تحجبها عن السدس فتصفها بحجبها عن نصفه وإن كان معها امرأة فلها الثمن ونصف الثمن وإن كان معها اخ ن ام فله نصف السدس فان كان معها بنت ابن فلها الثلث لأنها لو كانت كلها وقيقة لمكان لبنت

كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي في مهورهن ، وقال داود يعطى حكم طلاقهن لموضع الجاهل والكل واحدة مهر كامل والميراث بينهما ، وإن متن قبله طالت الآخرة في قول أهل العراق ، وقال الشافعي رضي الله عنه يرجع إلى تعيينه على ما ذكرناه

ولنا قول علي رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس لأن ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله فإنه قال إذا ثبت لنا عن علي قول لم نعهده إلى غيره ، وقال ماعلي إلى علم علي إلا كالقرارة إلى المشنجر ولأنه إزالة ملك عن الآدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق وقد يثبت ذلك في العتق بخبر عمران بن الحصين ولأن الحقوق تسارت على وجه تندر تعيين المستحق فيه من قير قرعة فينبغي أن تستعمل فيه القرعة ، كالقسمة في السفر بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى أحدهما مالا نستحقه وتنقيص بعضهن حقها يقينا والوقف إلى غير غاية تضيق لحقوقهن وحرمان الجميع من الحق عن صاحبه يقينا ، ولو كان له امرأتان فطلق أحدهما ثم ماتت أحدهما ثم ماتت أخرى بينهما فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرهما إن كانت الميتة ولم يرهن إن كانت الأخرى ، وفي قول أهل العراق يرث الأول ولا يرثه الأخرى ولا شافعي قولان (أحدهما) يرجع إلى تعيين الوارث ، فإن قل طلق الميتة لم يرهما وورثته الحية وإن قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم يرث الحية (والنول الثاني) يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية . وإن كان له امرأتان قد دخل بإحدهما دين الأخرى وطلق إحدهما لا بيعنها فمن خرجت لها القرعة لها حكم الطلاق وللأخرى حكم لزوجة وإن قال أهل الدراق المدخول بها ثلاثاً أرباع الميراث ان ماتت في عتقها وللأخرى ربع لأن المدخول بها نصفه يقيز والنصف الآخر يتداعيه فيكون بينهما ، وفي قول الشافعي النصف للمدخول بها والثاني موقوف وإن كانتا مدخولاً بهما فقال في مرضه أردت هذه ثم ماتت في عتقها لم يقبل قوله لأن الإقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للأخرى وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللاثنتين نصفه وفي قول الشافعي نصفه موقوف

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق أحدها غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين فلا خامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الأربع ، وقال أهل العراق لمن ثلاثاً أرباع الميراث بينهما الابن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتا حريتهما عن اثالث فنصفها يحجبها عن السدس وكل من ذكرنا إذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية فإن كان ثلثه حراً فله ثلثه فإن كان معها بنت أخرى حرة فلها ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيهما لأن لهما بحرية نصفاً ونصف حرية نصف كمال الثلثين وفي الخطاب والتزيل للحررة ربع وسدس وللأخرى سدس لأن نصف أحدهما يحجب الأخرى الحررة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحررة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فإن كان نصفها رقيقاً ومعهما عسبة فلها ربع المال وسدسه بينهما

وان كن غير مدخول بين فلبن ثلاثة مهر ونصف، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بين الأربع، فان جاءت واحدة تطالب ميراثها لم تقط شيئا، وان طلبه اثنتان دفع اليهما ربع الميراث، وان طلبه ثلاث دفع اليهن نصفه، وان طلبه الأربع دفع اليهن، ولو قال بعد نكاح الخامسة احدا كن طالق فعلى فوطم الخامسة ربع الميراث لانها شريكة ثلاث وباقي بين الأربع كالأولى والخامسة سبعة أثمان مهر لان الطلاق تنصها وثلاثا معها نصف مهر ويبقى الأربع ثلاثة وثمانين في قول أهل العراق، فان تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كالأولى والخامسة ربع ما بقي وسبعة أثمان مهر والأربع ما بقي وثلاثة مهر وثمانين ويكون الربع مئة وما على أربعة وستين، فان قال بعد ذلك احدا كن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فالسابعة سبعة أثمان مهر والخامسة خمسة وعشرون جزءا من اثنين وثلاثين من مهر ويبقى الأربع مهران وسبعة وعشرون جزءا من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقي بين الأربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الأربع ويدفع الى كل واحدة نصف^(١)

(١) في نسخة نصيب

(باب الاشتراك في الطهر)

إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من مثله فانت بولديهن أن يكون منهما مثل أن يطأ الشريكتان جاريتهما المشتركة أو يطأ الانسان جاريته ثم يبيعها قبل أن يستبرئها فيطؤها المشتري قبل استبرائها أو يطأها رجلان بشبهة أو يطلق رجل امرأته فيتزوجها غيره في عدتها ويطؤها، أو يطأ انسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطأها فيه سيدها أو زوجها ثم تأتي براد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القائة معهما وهذا قول عطاء ومالك والليث والارزاعي والشافعي وأبي ثور فان ألحقته بأحدهما لحق به وان نفته عن أحدهما لحق بالآخر وسواء ادعيها أو لم يدعيها أو ادعاه أحدها وأنكره الآخر، وان ألحقته القائة بمالحقها أو كان ابنهما وهذا قول الارزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وقال مالك لا يرى ولدا محررا للقافة بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطي بشبهة وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فان ألحقته القافة بأكثر من واحد كن بمنزلة أن لا يوجد قافة ومثلي

لأنها لو كانتا حرتين لكان لهما اثنتان ولو كانت الكبرى وحدها حرة كان لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا امتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس وطريقها باليسر ان تقول لو كانتا حرتين فالثالثة من ثلاثة ولو كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنين وكذلك اذا كانت الصغرى وحدها حرة وان كانتا امتين فهي من سهم فتضرب اثنين في ثلاثة تسكن ستة ثم في الاحوال الأربعة تكن أربعة وعشرين للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلاثة في حال سهمان صار لها خمسة من أربعة وعشرين والآخرى مثل ذلك وللعصبة

لم يوجد قاتلة أو أشكل عليهم بالاختلاف القاتلان في نسب فقال أبو بكر يضيع نسبه ولا حكم لاختياره ويقتضى على الجهالة أبدأ وهو قول مالك وقال ابن حامد يترك حتى يباع ينتسب إلى أحدهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينسب إلى أحدهما ونفقته عليهما إلى أن ينتسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أفق، وإذا ادعى الاقريط ثمان أدعى القافة معهما، وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أرعي ولده القافة مع المدعين، ولو مات الرجلان أرعي القافة مع مصبهما، وإن ادعاه أكثر من اثنين فالحقته القافة بهم لحق وقد نص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومتنفي هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروى عن أبي يوسف وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين. وروى أيضا عن أبي يوسف، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم لاحكم للقافة بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنه فإن ادعياه معا فهو ابنتهما، وكذلك إن كثروا لأنهم وادعوه معا فانه يكون لهم جميعا

وروى عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة واليمين، وبه قال ابن أبي إلى وإسحاق وعن أحمد نحوه إذا عدت القافة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولها عليها في مواضعها والغرض هنا ذكر ميراث المدعي والتوريث منه وبيان مسائله

(مسئلة) إذا ألقى باثنين فمات وترك أمه حرة فلها الثلث والباقي لهما، فإن كان لكل واحد منهما ابن سواء أولأ أحدهما ابنتان فلامه السدس، فإن مات أحد الابنين وله ابن آخر فسا له بينهما نصفين، فإن مات الغلام بعد ذلك فلامه السدس والباقي لباقي من أبويه ولا شيء لآخرته لأنهما محجوبان بالاب الباقي، فإن كان الغلام ترك ابنا فالباقي من الابوين السدس والباقي لابنه، وإن مات قبل أبويه وترك ابنا فلهما جميعا السدس والباقي لابنه، فإن كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتت الغلام وله جدة أم أم وابن فلام أمه نصف السدس ولا شيء للمدعين نصفه كأنهما جدة واحدة ولابن السدس والباقي لابن فان لم يكن ابن فلابدين اثلاث لأنهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لأن الجد يسقط بالآخر، وإن كان المدعيان آخرين والمدعى جارية فماتا وخلفا أباهما فلهما من مال كل واحد نصفه والباقي للاب فان مات الاب بعد ذلك فلمسا النصف لهما بنت ابن.

المال في حال والنصف في حالين والثالث في حال وذلك أربعة عشر سهما من أربعة وعشرين سهما ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة فإذا لم تكن عصبة نزلت على تقدير الرديف يكون حكمهما حكم اثنين نصف كل واحد منهما حر على ما بيناه. ثلاث بنات ابن تنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة للأولى الربع وللثانية السدس لأنها لو كانت خرة كان لها الثلث وللثالثة نصف السدس في قول البصريين لأنك تقول للسفلي لو كانتا أمتين كان لك النصف ولو كانت أحدهما حرة كان لك

وحكي الخبر عن أحد وزفر وابن أبي زائدة أنهما اثنتين لهما بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن وإن كان المدعي ابناً فمات أبواه ولأحدهما بنت ثم مات أبوهما فميراثه بين الغلام والبنت على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لأن الغلام يضرب بنصيب ابني ابن ، وإن كان لكل واحد منهما بنت فلغلام من مال كل واحد منهما ثلثا وله من مال جده نصفه ، وعلى القول الآخر له ثلثا ولهما سدسهما وإن كان المدعيان رجلا ومدة والمدعي جارية فماتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الأصغر فلها النصف والباقي لابني العم لأنه أبوه ، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضا وعلى القول الآخر لها الثلثان لأنها بنت ابن وبنت ابن ابن ، وإن كان المدعي رجلا وابنه فمات الابن فلها نصف ماله ، وإذا مات الاب فلها النصف أيضا وعلى القول الآخر لها الثلثان ، وقال أبو حنيفة إذا تداعى الاب وابنه قدم الاب ولم يكن الابن شيء ، وإن مات الاب أولا فمابين ابنة وبينها على ثلاثة ثم تأخذ نصف مال الأصغر لو كانا بنتا وباقيها لأنها أختها ، وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعي وقف نصيبه ودفع إلى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطاحوا ، فلو كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابناً أو ألقاهم مات الثاني وترك ابناً والذين تم مات الثالث وترك ابناً أو عشرين ألفا وترك أربعة آلاف وأما حرة وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر ألفاً وخمسة مائة فللمدة سدسها والباقي بين أخوة الثلاثة أثلاثا ، وإن كان موثق قبل ثبوت نسبه دفع إلى الامم ثلث تركته وهو ألف وخمسة مائة لأن أدنى الأحوال أن يكون ابن صاحب ألف فيرث منه خمسة مائة ، وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن صاحب ألف وابن صاحب الألفين ما وقف من مال أبويهما لأنه لم يكن أحدهما فذلك لهما من أبويهما ، وإن كان أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بارثه منه ويرد على ابن الثالث تسعة آلاف وثلث ألف ويبقى ثلثا ألف موقوفة بينه وبين الام لأنه يحتمل أن يكون أخاه فيكون قد مات عن أربعة عشر ألفاً وله ثلثا ويبقى من مال الابن ألفان وخمسة مائة موقوفة يدعيها ابن صاحب ألف كلها ويدعي منها ابن صاحب الألفين ألفين وثلثا فيكون ذلك موقوفاً بينهما وبين الام وسدس الألف بين الام وابن صاحب ألف ، فإن ادعى أخوان ابناً ولها أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعي وقف من مال الاول خمسة أسباع منها تسعان بين الغلام والبنت وثلثة أسباع بينه وبين الاب ويوقف من مال الثاني

السدس فنصفها ثلث فتجبك العليا عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فإذا كان نصفك حراً كان لك نصفه ، وفي التنزيل لثلاثة نصف الثمن وثلاثة وذلك لانتالوز لنا كل واحدة حرة وحدها كان لها النصف ، فهذه ثلاثة أحوال من اثنين اثنين ، ولو كن أماء كان المال للعصبة ولو كن أحراراً كان للأولى النصف وللثانية السدس والثلث للعصبة ، ولو كانت الأولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية واثلاثة حرتين فللثانية النصف وللثالثة السدس والثلث للعصبة فهذه أربعة أحوال من ستة ستة ، والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للعليا النصف في أربعة

خمس أسداس بينه وبين الأب، فإن مات الأب بعدها وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ماورثه عن ابنته والباقي بين الغلام وبنت الابن لأنه ابن ابنته يتيقن ويدفع إلى كل واحد منهم من الموقوف اليقين ويوقف الباقي فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وتنظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فتعطيه أقلهما، ففلازم في حال الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الاول وفي حال كل الموقوف من مال الاول وثالث الموقوف من الثاني فله أنهما ماورثت الميت الاول في حال النصف من مال أبيها، وفي حال السدس من مال عمها، ولينت الأب في حال نصف الموقوف من مال اثنائي وفي حال ثلاثة أثمانه من مال الاول فتدفع اليها أنفلهما ويقتى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى، ومتى اختلف أجناس التركة ولم يصير بعضهم قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها على ما بينا في الدرهم ان تراضوا على ذلك أو بيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصلح، ولو ادعى اثنان غلاما فألحقته القافة بهما ثم مات أحدهما وترك لنا وبنتا وعمهما مات الآخر وترك الفين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان لبنت من تركته أبيها ثلثها وفلام ثلثاها وتركته اثنائي كلها له لأنه ابنه فهو أحق من ابن الابن ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي ألف فلامه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقي لابن الابن لأنه ابن أخيه ولا شيء، ولعم وإن لم يثبت نسبه فلائنة الاول ثلث الالف ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثاني فإذا مات الغلام فلامه من تركته ألف وتسعا الف لأن أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي ألف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لأنه لما أبا عن صاحبهما والغلام ويرد الموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنته لأنه له أما عن جده وأما عن عمه وتعطى الام من تركة الغلام ألفا وتسعي ألف لأنه أقل مالها ويبقى ألف وسبعة أسداع ألف تدعي الام منها أربعة أسداع ألف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعي منها ابن الابن ألفا وثلثا تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفا بينهم حتى يصطلحوا، ولو كان المولود في يدي امرأتين فادعياه معارضي القافة معهما

أحوال اثنا عشر وهي الربع وللتانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس وللتالثة النصف في حال والسدس في حالين وهي خمسة وهي نصف الثمن وثلثه، وقال قوم تجمع الحرية فيهن فيكون منهن حرية ونصف لمن بها ثلث وربع للاولى والثانية ربان وثلثا نصف سدس فان كان معهن رابعة كان لها نصف سدس آخر. ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم قتي من قبل الابوين الربع والتي من قبل الأب السدس والتي من قبل الام نصف السدس وللام الثلث لأنها لا تحجب الا باتنين من الإخوة والأخوات ولم تكن الحرية اثنتين ولعم ما بقي، وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة فلام الثلث لما ذكرناه وقال الخبري للام

فان ألحقته بأحدهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات، وان ألحقته بهما أو فتنه عنهما لم يالحق
 بواحدة منهما، وان قامت لكل واحدة منهما ينة تعارضنا ولم نسمع بينهما وبهذا قال أبو يوسف
 والشافعي وقال أبو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثانه ميراث أم واحدة كما يالحق برجلين
 أرلنا أن إحدى البنتين كاذبة يقينا فلم نسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردّها ردّها لعدم العلم بعينها
 ولان هذا محال فلم يثبت بينة ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما ولو أن امرأة معها صبي ادعاه
 رجلان كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يالحقهما، وان صدقت أحدهما لحقه
 كما لو كان بالغاً قادمياً فصدق أحدهما، ولو أن صبياً مع امرأة فقال زوجها هو ابني أنت غيرك
 فقالت بل هو ابني منك لحقهما جميعاً

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الولاء

قال الله تعالى (فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء ، وقال النبي ﷺ
 « الولاء لمن أعتق » وقال سعيد ثنا سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله
 ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته . متفق عليهما ، وقال النبي ﷺ « لمن الله من تولى غير مواليه »
 قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وقال « مولى القوم منهم » حديث صحيح . وروى الحلال

الريح وحجبها بالحر كما يحجب بنصف البنت ، والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق
 في الولد والجزء منه وفي الاخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منها ولذلك لم يحجب بالواحد عن شيء أصلاً
 وهذا قول ابن اللبان وحكي القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط ، وفي الباب اختلاف كثير وفروع
 فلما تنق وقل مسئلة تجيء إلا ويمكن عملها بقياس ما ذكرنا

(باب الولاء)

الاصل فيه قوله تعالى (فان لم تعلموا آباءهم فإخوانهم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء وقول
 النبي ﷺ « أما الولاء لمن أعتق » متفق عليه وعن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
 عن بيع الولاء وهبته وقال عليه السلام « لمن الله من تولى غير مواليه » قال الترمذي هذا حديث
 حسن صحيح وقال صلى الله عليه وسلم « مولى القوم منهم » حديث صحيح ، وروى الحلال بأسناده
 عن ابن أبي أوفى قال قال لي النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب
 (مسئلة) (كل من أعتق عبداً أو عتق عليه برحم أو كتابة أو تدبير أو استبلاذ أو وصية

باسناده عن اسماعيل بن خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال: قال لي النبي ﷺ « الولاء لمة كالحمة والنسب لا يباع ولا يوهب »

(مسألة) قال (والولاء لمن اعتق وإن اختلف دينهما)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء ، والاصل في هذا قول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » وأجمعوا أيضاً على أن السيد يرث عتيقه اذا مات جميع ماله اذا اتفق ديناهما ولم يخلف وارثا سواء وذلك لقول النبي ﷺ « الولاء لمة كالحمة النسب » والنسب يورث به ولا يورث كذلك الولاء

وروى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد ثنا شعبة عن الحكم عن عبد الله بن شداد قال : كانت لبنت حمزة مولى أعتقه فمات وترك ابنته ومولاه فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف وأعطى مولاه بنت حمزة النصف . قال وثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن قال : قال رسول الله ﷺ « الميراث للعصبة فان لم يكن عصبة فلامولى » وعنه أن رجلا أعتق عبداً فقال لنبى ﷺ ما ترى في ماله ؟ قال « إن مات ولم يدع وارثا فهو لك »

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الارحام في قول جمهور العلماء من الصحابة

بعته فله عليه الولاء وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمه وعلى معتقيه ومعتقي أولاده وأولادهم ومعتقهم أبدا ما تاسلوا)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة ولا من زكاته أو نذره أو كفارته أن له عليه الولاء لقول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » متفق عليه

(فصل) وإن أعتق حرى حريباً فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء وهذا قول عامة أهل العلم الا أهل العراق فأنهم قالوا : العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها اليهم فصح عتقهم كأهل الاسلام واذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » فان جاءنا المعتق مسلماً قالوا له بحاله وإن سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً فان اعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على عتيقه، وهل يثبت لمعتق السيد ولؤه على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لانه مولى مولاه ويحتمل أن لا يثبت لانه ما حصل منه اتمام عليه ولا سبب لذلك ، فان كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء ، وإن أسره مولاه فأعتقه فكذلك فان أسره مولاه وأجنيب فأعتقه فولأؤه بينهما نصفين فاذا مات بعده المعتق الاول فلتشريكة نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والاخر لا شيء له لانه لم ينعم عليه ، وإن سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل

والتابعين ومن بعدهم فإذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي لمولاه ، وإن خلف ذارحم ومولاه قليل لمولاه دون ذي رحمه . وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى ومنها وعن ابن مسعود تقديم ذي الأرحام على المولى ولعلمهم يحتاجون بقول الله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولأنه عصبة يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كابن العم

(فصل) وإن كان للمعتق عصبة من نسبه أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلا شيء للمولى لانعلم في هذا خلافا لما تقدم من الحديث وقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما أبت الفروض فلا ولي رجل ذكر » وفي لفظ « فلا ولي عصبة ذكر » والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء لانه مشبه بالقرابة والمثبه به أقوى من المثبه ولان النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والتنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .

(فصل) وإن اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لانعلم فيه خلافا لعموم قول النبي ﷺ « الولاء لمن أعنت » وقوله : الولاء لحمة كاحمة النسب ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين وكذلك الولاء ، ولان الولاء إنما يثبت له عليه لانعامه باعتاقه وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما ويثبت الولاء . فذكر على الاشئ والاثني على الذكر ولكل معتق له يوم الخبر والمعنى ، ولحديث عبد الله بن شداد ، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين ؟ فيه روايتان

ولاء الاول وصار الولاء لثاني وهو قول مالك والشافعي وقيل الولاء بينهما واختاره ابن المنذر لانه ليس أحدهما أولى من الآخر وقيل الولاء الاول لانه أسبق ولنا أن السبي يبطال ملك الحربى الاول فالولاء التابع له أولى ولان الولاء بطل باسترقاقه فلم يعد باعتاقه وان أعنت ذمي عبداً كافراً فهرب الى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعنته الحربى سواء . وان أعنت مسلم كافراً فهرب الى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال وللاء المسلم المعصوم قال ابن اللبان ولان له أماناً يعتق المسلم إياه .

قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كمعتق الحربى وكغير المعتق ، وقولهم في استرقاقه ابطال وللاء المسلم قلنا لا نسلم بل متى اعتق عاد الولاء للاول وانما امتنع عمله في حال رقه لما منع وان سلمنا أن فيه ابطال ولائه ولكن ذلك غير ممتنع كما لو قتل بكفره فانه يبطل ولاؤه به فكذلك بالاسترقاق ولان القرابة يبطل عمماً بالاسترقاق فكذلك وقول ابن اللبان له أمان لا يصح فانه لو كان له أمان لم يحز قتله ولا سيده ، فعلى هذا ان استرقاقه احتمال أن يكون الولاء لثاني لان المسلمين اذا تافوا كان الثابت هو الآخر منهما كالناسخ والمنسوخ واحتمل أن

(أحدهما) يرثه روي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهل الظاهر واحتج أحمد بقول علي : الولاء شعبة من الرق ، وقال مالك يرث المسلم مولاة النصراني لانه يصلح له تملكه ولا يرث النصراني مولاة المسلم لانه لا يصلح له تملكه ، وجهه وجه العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما لقول النبي ﷺ لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ولانه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كيراث النسب . ولان اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق ، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الأقوى فالأضعف أولى ، ولان النبي ﷺ ألحق الولاء بالنسب بقوله «الولاء طمة كاحمة النسب» وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوت كذا يمتنع مع صحة الولاء وثبوتها فاذا اجتمعا على الاسلام توارثا كالتناسيب وهذا أصح في الأثر والنظر ان شاء الله تعالى فان كان للسيد عصبة على دين العبد ورثه دون سيده وقال داود لا يرث عصبته مع حياته

ولذا أنه بمنزلة ماله كان الأقرب من العصبة محالفاً لدين الميت والابن على دينه ورث دون القريب (فصل) وإن اعتق حربي حريباً فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء . وهذا قول عامة أهل الدلم إلا أهل العراق قالوا العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح ولو استولد أمته لم تنصر أم ولد مسلماً كان الميذ أو ذمياً أو حريباً

يكون للأول لان ولأيه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك ويحتمل أنه بينهما وإيهامات كان للثاني وان أعتق مسلم مسلماً أو أعتقه ذمي فارتد وطلق بدار الحرب فسي لم يحجز استرقاقه وان اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه الا التوبة أو القتل

﴿مسئلة﴾ (أو عتق عليه برحم)

يعني اذا ملكه فتق عليه بالملك كان له ولاؤه لانه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو ارث أو غنيمه أو غيره لانهم بين أهل العلم فيه اختلافاً (أو كتابة أو تدبير) يعني إذا كاتبه فأدى الى مكانه وعتق أو عتق بالتدبير فولأؤه لسيده في قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق .

وحكى ابن سراقه عن عمرو بن دينار وأبي ثور أنه لا ولأه على المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولاه كما لو اشتراه أجنبي فاعتقه ، وكان قتادة يقول من لم يشترط ولأه المكاتب فلمكاتب أن يوالي من يشاء وقال مكحول أما المكاتب إذا اشترط ولأه مع رقبته فحائز

ولنا أن السبدهو المعتق للمكاتب لانه يبيعه بماله وماله وكسبه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق للمدبر أيضاً بلا اشكال وقد قال النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكاتبهم فيقال أبو سعيد مولى أبي أسيد وسيرين مولى أنس

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها إليهم فصح عتقهم كأهل الإسلام وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم لقول النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» فان جاءنا المعتق مسلماً قالوا له بحاله ، فان سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً ، فان أعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه . وهل يثبت لمعتق السيد ولأهله على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لأنه مولى مولاه . ويحتمل أن لا يثبت لأنه ما حصل منه إنعام عليه ولا سبب لذلك ، فان كان القبي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء ، وان أسره مولاه فأعتقه فكذلك ، وان أسره مولاه وأجني فأعتقه فولأؤه بينهما نصفين ، فان مات بعده المعتق الأول فلشريكه نصف ماله لأنه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخرون لا شيء له لأنه لم ينعم عليه ، وان سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل ولأهله الأول وصار الولاء لثاني وبهذا قال مالك والشافعي . وقيل الولاء بينهما واختاره ابن المنذر لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر ، وقيل الولاء للأول لأنه أسبق

ولنا أن السبي يبطل ملك الأول الحربي قالوا له التابع له أولى ولأن الولاء بطل باخترقاؤه فلم يعد باعناقه ، وان أعتق ذمي عبداً كافراً فهرب إلى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيها إذا أعتقه الحربي سواء ، وإن أعتق مسلم كافراً فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي انه لا يجوز استرقاؤه وهو قول الشافعي لأن في استرقاؤه إبطال ولأهله المسلم المعصوم . قال

وسليمان بن يسار مولى ميمونة وكانوا مكاتبين ، ويدل على ذلك حديث بريرة أنها جاءت إلى عائشة فقالت يا أم المؤمنين اني كاتبت أهلي على تسع أواق فأعني فقالت عائشة ان شاء واعدت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فقلت ، فأبوا أن يبيعوها الا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ «اشتريها واشترطي لهم الولاء» وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشتريها منهم عائشة .

(فصل) وإن اشترى العبد نفسه من سيده بموض حال عتق والولاء لسيده لأنه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لما فكان الولاء له عليهما .

هو مسألة (أو استيلاد أو وصية بعتقه)

بني إذا عتقت أم الولد بموت سيدها فولأؤها له برثها أقرب عصيته وهذا قول عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال عامة الفقهاء . وقال ابن مسعود تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له ، ونحوه من ابن عباس ومن علي لا تعتق ما لم يمتقها وله بيعها ، وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ولذكر الدليل على ذلك موضع يذكر إن شاء الله تعالى في بابها ، ولا خلاف بين الثائلين بمتقها أن ولأوها لمن عتقت عليه . ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لأنها عتقت بملكه من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله وبخمس ولاؤها المذكور من حصة السيد كالمدير والمكاتب .

ابن الابان ولان له امانا بعتق المسلم اياه . والاصحح ان شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كمتعق الحزبي وكفيع المعتق . وقولهم في استرقاقه إبطال ولأه المسلم . قلنا لا نسلم بل متى أعتق عاد الولاء للاول وانما امتنع عمله في حال رقه لما منع وان سلمنا ان فيه إبطال ولأه فكذلك في قتله وقد جاز إبطال ولأه بالقتل فكذلك بالاسترقاق ، ولان القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك الولاء . وقول ابن الابان له امان لا يصح فانه لو كان له امان لم يجوز قتله ولا سبيته . فلي هذا ان استرق ثم أعتق احتمل أن يكون الولاء الثاني لان المحكمين اذا تناقوا كان الثابت هو الآخر منها كالناسخ والمنسوخ . واحتمل انه للاول لان ولأه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك . ويحتمل انه بينهما وأيهما مات كان الثاني . وان أعتق مسلم مسلما أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبي لم يجوز استرقاقه وان اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه الاتوبة أو القتل

(فصل) ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء . روي ذلك عن حمير وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس ابن مغيرة والزهرري ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء . قال سعيد حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم قال قال عبد الله أما الولاء كالتسبب فيبيع الرجل نفسه ؟ وقال حدثنا سفیان عن عمرو بن دينار ان ميمونة وهبت ولأه سليمان بن يسار لابن عباس وكان

(فصل) ومن أوصى أن يمتق عنه بعد موته فأعتق فالولاء له وكذلك إن أوصى به ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لان الاعتاق عنه من ماله فان أعتق عنه ما يجب عتقه ككفارة ونحوها ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى .

(فصل) ويثبت الولاء للمعتق على المعتق لما ذكرنا وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمته لانه ولي نعمتهم وعتقهم بسببه ولأنهم فرع والفرع يتبع أصله بشرط أن يكونوا من زوجة معتقه أو من أمته فان كانت أمهم حرة الاصل فلا ولأه على ولدها لأنهم يتبعونها في الحرية والرق فيتبعونها في عدم الولاء إذ ليس عليها ولأه وكذلك إن كان أبوم حر الاصل إذا لم يمسسهم رق ، فان كان قد ثبت ملك فأعتقوا فولأؤهم لمعتقهم للحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » ويثبت الولاء للمعتق على معتقي معتقه ، ومعتقي أولاده ، ومعتقهم أبدأ ما تناسلوا ، لانه ولي نعمتهم وبسببه عتقوا فأشبهه ماله بأشهرهم بالمعتق .

(مسألة) (ويرث به عند عدم العصبه من النسب ، فتي كان للمعتق عصبه أو ذوي فروض تستحق فروضهم المال فلا شيء للمولى)

لا نعلم في هذا خلافاً فان لم يكن له عصبه ولا ذو فرض يرث المال كله فهو للمولى وإن كان ذو الفرض لا يرث جميع المال فالباقي للمولى لما روي الحسن قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

مكاتباً وروى أن ميمونة وهبت ولأه موالياً لعباس وولاً لهم اليوم لهم وإن عروة ابتاع ولأه طهمان لورثة مصعب بن الزبير . وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لولائي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم ولنا أن النبي ﷺ نهي عن بيع الولاء وعن هبته وقال « الولاء لجة كالحمة النسب » وقال « لمن الله من تولي غير مواليه » ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كالقراءة . وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور وترويه السنة فلا يعول عليه

(فصل) ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ولا يرثه ورثته وإنما يرثون المال به مع بقائه للمعتق هذا قول الجمهور وروى نحو ذلك عن حماد بن عيسى وزيد بن زبير وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمر وأبي مسعود البصري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والزهرى والنخعي وقتادة وأبو الزناد وابن شبيب ومالك والثوري والشاذلي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ودارد وشذ شريح وقال : الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته . ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كما قال فإن رواية الجماعة عن أحمد مثل قول الجماعة وذلك لقوله عليه السلام « الولاء للمعتق » وقوله « الولاء لجة كالحمة النسب » والنسب لا يورث وإنما يورث به ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كسائر الأسباب والله تعالى أعلم

« الميراث للعصبة فإن لم يكن عصبة فللمولى » ، وعنه أن رجلاً أعتق عبداً فقال للتي صلى الله عليه وسلم ماترى في ماله ؟ قال « إن مات ولم يدع وارثاً فهو لك » ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والتفقه وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .

(مسألة) (ثم يرث به عصباته الأقرب فالأقرب)

وجلة ذلك أن التيق إذا لم يخلف من نسبه من يرثه كان ماله لمولاه ، فإن كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته سواء كان ولداً أو أخاً أو عمّاً أو أباً أو غيره من العصبات ، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى فإن لم يكن له عصبة من أقاربه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الأقرب فالأقرب ثم لمولاه وكذلك أبداً . روى هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهرى وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وصاحبه ، وروى عن علي رضي الله عنه ما يدل على أن مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيه أن ميراث موالها لأخيه وابن أخيه دون ابنها ، وروى عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة ، فروى عن إبراهيم أنه قال اختصم علي والزبير في موالي صفة بنت عبد المطيب فقال علي : أنا أحق بهم أنا أدرهم وأعتل عنهم ، وقال الزبير : هم موالي أمي وأنا أدرهم ، فقضى عمر للزبير بالميراث والمقل على علي رواه سعيد ورواه أبو معاوية بن شيبة الضبي عن إبراهيم وقال ثابته بن جعد الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالي صفة للزبير دون العباس وقضى في أم حاني بنت أبي

(مسئلة) قال (ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء فان أخذ من ميراثه شيئا رده في مثله)

قال أحمد في رواية عبد الله: الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله مولا ولا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله لله وسلمه عن أبي عمرو والشيباني عن عبد الله بن مسعود السائبة يضع ماله حيث شاء. وقال أحمد قال عمر: السائبة والصدقة ليومهما. ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولا لي عليك لم يكن له عليه ولا. فان مات وخلف مالا ولم يدع وارثا اشترى بماله رقاب فاعتقوا في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فاعتقهم، وقال عمر بن عبد العزيز والزهرى ومكحول وأبو العالية ومالك يجعل ولاؤه لمجاعة المسلمين وعن عطاء أنه قال كنا نعلم أنه إذا قال أنت حر سائبة فهو يوالي من شاء وأهل أحمد رحمه الله ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمر والولاء للمعتق وهذا قول الذخري والشعبي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وجعله لمة كلعمة النسب فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولا. عن معتق، ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال لها النبي ﷺ «اشترى بها واشترط لي» لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق

طالب لابنها جعدة بن هيرة دون علي: وروى الامام بإسناده عن زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركها ابناً لها وأخاها ثم توفى مولاهما من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه السلام «ميراثه لابن المرأة» فقال أخوها يا رسول الله لو جري برة كانت علي ويكون ميراثه لهذا قال «نعم» وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال المولى أخ في الدين ومولى نعمة يرثه أولى الناس بالمعتق. إذا ثبت هذا فإن المعتق لو خلفت ابناً وأخاها أو ابن أخها ثم مات، ولها فميراثه لابنها، وإن مات ابناً بعدها وقبل مولاهما وترك عصبة كاعمامه وبنى اعمامه ثم مات العبد وترك أخاً مولاه وعصبة ابناً فميراثه لأخيه مولاه لأنه أقرب عصبة المعتق فإن المرأة لو كانت هي الميتة لورثها أخوها وعصبتها، فإن انقرضت عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة ابنها يروى هذا عن علي وبه قال إبان بن عثمان وقبيصة بن عثمان وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والشافعي وأهل العراق، وروى عن علي رواية أخرى أنه لعصبة الابن وروى ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح، وهذا مبني على أن الولاء يورث كما يورث المال وقد روي عن أحمد نحو هذا، واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده أن رثاب بن حذيفة زوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فمات أمهم فورثوا عنها ولا موالها وكان عمرو بن العاص عصبة بنها فأخرجهم إلى الشام فماتوا فقدم عمر بن العاص ومات مولاه وترك

لا يفيد شيئاً ولا يزيل الولاء عن المعتق، وروى مسلم بإسناده عن هزيل بن شرحبيل قال جاء رجل إلى عبد الله فقال أني اعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فأت وترك مالا ولم يدع وارثاً فقال عبد الله إن أهل الإسلام لا يسيبون وإن أهل الجاهلية كانوا يسيبون وأنت ولي نعمته فإن تأمت وتمحرجت من شيء فنحن قبله ونجعله في بيت المال، وقال سعيد ثنا هشيم ثنا بشر عن عطاء أن طارق بن الرقيم اعتق سواثب فماتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: إن أدفع مال الرجل إلى مولاه فإن قبله والا فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه، وقال ثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالاً في ميراث السائبة هو الذي أعتقه وهذا القول أصح في الأثر والنظر، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان تبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل عمرو بن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روي أن سالماً مولى أبي حنيفة أعتقه لبنت بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة فاعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد أن خلف السائبة مالا اشترى به رقاباً فأعتقوا فإن رجع من ميراثهم شيء اشترى به أيضاً رقاباً فأعتقوا وإن خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشترى بباقيه رقاباً فأعتقوا ولا يرد على ذي الفرض

(فصل) وإن عتق عبداً عن كفارته أو نذره أو من زكاته فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته أن ورث منه شيئاً جعله في مثله قال وهذا قول الحسن وبه قال إسحاق، وعلى قياس ذلك العتق من

مالاً لخاصته أخوتها إلى عمر فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما حرز الوالد والولد فهو لصبيته من كان» قال وكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر فنحن فيه إلى الساعة رواه أبو داود وابن ماجه، والصحيح الأول فإن الولاء لا يورث على ما ذكره إن شاء الله تعالى، وإنما يورث به وهو باق للمعتق يرثه به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصبته لم يرث شيئاً وعصبة الابن غير عصبته أمه فلا يرث إلا جانب منها بولائها دون عصباتها، وحديث عمرو بن شعيب غلط قال أحمد الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصبته الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم إلا أن يكون الأب والجدة مع البنين والجدة مع الأخوة على ما ذكره، فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتصيب كالأب والجدة والزوجة والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التصيب دون الفرض فإن كانا عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنوهم والأخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم انقسموا لميراث بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الأرحام في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم فإذا مات رجل خلف بنته ومولاه فليتبته النصف والباقي لمولاه وإن خلف ذارحم

الكفارة والنذر لانه واجب عليه ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه الذي جرى عنتقه على يديه، وقال مالك والشافعي ولاؤه لساكني المسلمين ويجعل في بيت المال وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » ولأن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق فاعتقها فكان ولاؤها لها بشرط العتق بوجوب ولائه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما لو اشترط عليه العتق فأعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة معتق من غير ماله فلم يكن له الولاء كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها واعتق وكما لو دفع إلى المكاتب مالا فأداه في كتابته، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة، وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكاة وعلى بعضهم المنع من ذلك بأنه يجر الولاء إلى نفسه فينتضم بزمانه وهذا قول لأحمد رواه عنه جماعة وهو قول النخعي والشافعي

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وكان ولاؤه له)

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة وهم الوالدان وإن علوا من قبل الأب والام جميعاً والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والاختوة والاختوات وأولادهم

ومولاه فالأصل لمولاه خاصة، وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى ولعلمهم يحتجون بقول الله تعالى (واولو الارحام بعضهم اولى بض في كتاب الله) ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولانه عصبه يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كأبن العم

﴿ مسألة ﴾ (وعنه في المكاتب إذا أدى إلى الورثة أن ولاه لهم)

لانه انتقل اليهم أشبه ما لو اشتروه وإن أدى إليها فلاؤه بينهما لأنها اشتركا في أدائه إليها فاشتركا في استحقاق ولائه كالشريكين والرواية الأخرى ولاؤه للمكاتب لان عتقه بكتابه وهي من سيده

﴿ مسألة ﴾ (ومن كان أحد أبويه الحرين حر الأصل فلا ولاه عليه)

وجمته انه إذا كان أحد الزوجين حر الأصل فلا ولاه على ولدهما سواء كان الآخر عرباً أو مولى لان الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فإذا كان الأب رقيقاً في انتفاء الرق والولاء فلا يتبعها في نفي الولاء وحده أولى وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيها إذا كان عليه ولاه بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه فلا يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال أبو حنيفة إن كان الأب أعجمياً والأم مولاة ثبت الولاء على ولده وليس بصحيح لانه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربياً

وأن سئلوا والامام والعمات والاخوال والحالات دون أولادهم فتى مالك أحداً منهم يعتق عليه روي ذلك عن عمرو بن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري واليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم، وأعتق مالك الموالدين والمولودين وإن بعدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم، ولم يعتق الشافعي الا موهدي النسب وعن احمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحداً حتى يعتقه لقول النبي ﷺ «لا يجزي، ولد والله الآن يجده» لموكا فيشتره فيعتقه «رواه مسلم

ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله ﷺ « من ملك ذا رحم محرر، فهو حر » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولا نه ذكر رحم محرر فيعتق عليه بالمالك كعمودي النسب وكالاخوة والاخوات عند مالك، فأما قوله حتى يشتره فيعتقه فيحتمل أنه أراد يشتره فيعتقه بشرائه له كما يقال ضربه يقتله والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه ، ومنى عتق عليه فلاؤه له لانه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو ارث أو غيره لانعلم بين أهل العلم فيه خلافاً

(فصل) ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الارحام لا يعتقون على سيدهم كالام والايخ من

وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حريباً مجهول النسب او معلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام ان كانت مولاة قال ابن البان هذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال الحبري هذا قول أبي حنيفة ومحمد واحمد لان مقتضى ثبوته لمولى الام موجود، وانما امتنع في محل الوفاق لحرية الاب فاذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الاصل ولا يزول اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضى مع الشك في المانع

ولنا ان الاب حر محكوم بحريته اشبه معروف النسب ولان الاصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الاصل بالوم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب، وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فانه انما يثبت لمولى الام بشرط رق الاب وهذا الشرط متنفك حكماً وظاهراً وان سلمنا وجود المقتضى فقد ثبت المانع حكماً فان حرية الاب ثابتة حكماً فلا تعويل على ما قالوه، فاما ان كان الاب مولى والام مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا، وقياس قول القاضي والشافعي ثبوت الولاء عليه لمولى ابيه لانا شككنا في المانع من ثبوته

ولنا ما ذكرناه في التي قبلها ولان الام لا تخلو من ان تكون حرة الاصل فلا ولاء على ولدها وامة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى ابيه، والاحتمال الاول راجح لو جازين احدهما انه محكوم به في الام فيجب الحكم به في ولدها الثاني انه معتقد بالاصل فان الاصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان

الرضاعة والريبة وأم الزوجة وابنتها إلا أنه حكى عن الحسن وابن سيرين وشريك أنه لا يجوز بيع
الاخ من الرضاعة ، وروي عن ابن مسعود أنه كرهه والاول أصح قال الزهري جرت السنة بأن يباع
الاخ والاخت من الرضاع ولأنه لانس في عتقهم ولاهم في معنى المنصوص عليه فيقون على الاصل ولاتهما
لارحم بينهما ولا نوارث ولا تلزمه نفقته فأشبهه الريبة وأم الزوجة

(فصل) وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد لأن أحكام الولد غير ثابتة
فيه وهي الميراث والحجب والمهرمية ووجوب الانفاق وثبوت الولاية له عليه ، ويحتمل أن يعتق
لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحریم التزويج ، ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق
عليه مع اتنا. هذه الأحكام

﴿مسئلة﴾ قال (وولاء المكاتب والمدبر لسيدها إذا اعتقا)

هذا قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق وحكى ابن سريانة عن عمرو بن دينار
وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده لم يكن له عليه ولا ، كما لو اشترى أجنبي
فأعتقه كان قتادة يقول من لم بشرط ولاء المكاتب فمكاتبه أن يوالي من شاء. وقال مكحول أما المكاتب
إذا اشترط ولاءه مع رقبته فجائز

الاحتمال الذي صاروا اليه معارض باحتمالين كل واحد منهما مساو له فترجحه عليهما بحكم لا يجوز المصير
اليه بغير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الاولى أيضاً

﴿مسئلة﴾ (ومن اعتق سائبة في نذر أو زكاته أو كفارته ففيه روايتان (إحداهما) له عليه الولاء والثانية
لا ولاء له عليه وما رجح من ميراثه رد في مثله يشترى به رقاباً يعتقهم)

قال أحمد في رواية عبد الله الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لبعده قد اعتقتك سائبة كأنه يجعله
لله لا يكون ولاؤه له قد جعله لله وسلمه وعن أبي عمرو والشيباني عن ابن مسعود والسائبة يبيع ماله حيث
شاء وقال أحمد قال عمر قال الصدقة والسائبة ليومها ومتى قال الرجل لبعده أعتقتك سائبة أو أعتقتك
ولا ولاء لي عليك لم يكن له عليه ولاء فإن مات وخلف مالا ولم يدع ورثة اشترى بماله رقاب فاعتقوا
في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فاعتقهم

والرواية الثانية الولاء للمعتق وهو قول الشعبي والنخعي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة
ابن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء
لملة كل حمة لنفس ». ولعل أحمد ذهب إلى شراء الرقاب استجابةً لفعل ابن عمرو قال عمر بن عبد العزيز
والزهري وأبو العالية ومكحول ومالك يجعل ولاؤه لمخاة المسلمين وعن عطاء قال إذا قال أنت حر
سائبة يوالي من شاء ، والقول بثبوت الولاء للمعتق أظهر للاحاديث ولأن الولاء لملة كل حمة للنسب ،

ونحن أن السيد هو المعتق للمكاتب لأنه يتبعه بماله وماله وكسبه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق للمدير بلا اشكال ، وقد قال النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكاتبهم فيقال أبو سعيد مولى ابن أسيد وسيرين مولى أنس وحليان بن يسار مولى ميمونة ، وقد وهبت ولده لابن عباس وكانوا مكاتبين وكذلك أشباههم ويدل على ذلك أن في حديث بريرة أنها جاءت عائشة فقالت يا أم المؤمنين أني كانت أهلي على نسأ أواق فأعيني فقالت عائشة إن شاءوا عدت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعات فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ «اشترها واشترطي لهم الولاء» وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشتريها منهم عائشة

(فصل) وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده لأنه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فالولاء له عليهما

(مسئلة) قال (وولاء أم الولد لسيدها إذا ماتت)

بمى إذا عتقت بموت سيدها فولأؤها له يرثها قرب نصيبته، وهذا قول عمر وثمان وبه قال عامة الفقهاء ، وقال ابن مسعود: تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له وعن ابن عباس نحوه وعن

وكما لا يزول نسب انسان ولا ولد من فراش بشرط لا يزول ولواء عن معتق ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال النبي صلى الله عليه وسلم «اشترها واشترطي لهم الولاء فاعلموا الولاء لمن أعتق» يريد أن اشتراط تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً ولا يزول الولاء .

وروى مسلم بإسناده عن هزيل ابن شرحبيل قال جاء رجل الى عبد الله فقال لاني أعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فأت وترك مالا ولم يدع وارثاً فقال عبد الله إن أهل الاسلام لا يسيرون وأن أهل الجاهلية كانوا يسيرون وأنت ولي نعمته فان تأمت وتخرجت عن شيء فنحن نقبله ونجعل في بيت المال وقال سعيدنا هشيم عن بسر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سوائب فأتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر أن ادفع مال الرجل إلى مولاه فان قبله ولواء فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه وثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالاً في ميراث السائبة هو للذي أعتقه قال شيخنا وهذا القول أصح في الاثر والنظر لما ذكرنا وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث عتيقه وقيل ابن عمر وابن مسعود في الميراث الذي تورع سيده عن أخذه ماله وقد روي أن سالماً مولى أبي حذيفة أعتقه لبني بنت يمار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد الذي ذكره الحرفي إذا خلف السائبة مالا اشترى به رقاب فأعتقوا فان رجع من ميراثه شيء اشترى به أيضاً رقاب

(المفني والشرح الكبير) من أعتق عبده عن رجل حي بالامرء أو عن بيت فالولاء للمعتق ٢٥١

علي لا يعتق مالم يعتقها وله ييهما وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه وقد ذكر الدليل على عتقها موضع غير هذا ولا خلاف بين القائلين بعقها ان ولاها لمن عتقت عليه ومنه ذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لأنها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ميراثها بالولاء. بالذکور من عصابة السيد كالمدير والمكاتب

(مسئلة) قال (ومن أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق)

هذا قول الثوري والارزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأبي يوسف وداود ، وروي عن ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه ، وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له

ولنا قول النبي ﷺ والولاء للمعتق ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

(مسئلة) قال (وان اعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره)

وبهذا قال جميع من حكمنا قوله في المسئلة الاولى الا أبا حنيفة وواقفه أبو يوسف ومحمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء. ويلزم العوض وبصير كأنه

قاعقوا وان خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشترى ياقبه رقاب قاعقوا ولا يرد على أهل الفرض .

(فصل) فان أعتق من زكاته وعن كفارته أو نذره فقال أحد في الذي يستق من زكاته ان وورث منه شيئاً جبه في مثله وقال هذا قول الحسن وبه قال اسحاق وعلى قياس ذلك المعتق من الكفارة والنذر لأنه واجب عليه وقد روي عن أحمد أنه قال في الذي يستق في الزكاة ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه وقال النعري ومالك ولاؤه لسائر المسلمين يجعل في بيت المال وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في المعتق في النذر والكفارة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أما الولاء لمن أعتق» ولأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة بشرط العتق فأعتقها فكان ولاؤها لها بشرط العتق بوجبه ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء له لمن شرط عليه العتق فأعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة أعتق من غير ماله فلم يكن الولاء له كما لو دفعها إلى السامع فأشترى بها وأعتق وكما لو دفع إلى المكاتب ما لا فاداء في كتابته وفارق الذي اشترط عليه العتق فإنه أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة

(مسئلة) (ومن أعتق عبده عن حي بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق)

هذا قول الثوري والارزاعي وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف وداود وروي عن ابن عباس

اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لعموم قوله عليه السلام «الولاء للمعتق» وعن أحمد مثل ذلك

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضاً فإنه كما يجوز تقدير البيع فيها إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً فإن الهبة جائزة في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً وكسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع

(مسئلة) قال (ومن قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه فالثمن عليه والوطء للمعتق عنه)

لأنه لم في هذه المسئلة خلافاً وإن الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لأنه أعتقه عنه بشرط العرض فيقدر ابتداءه منه ثم توكيله في عتقه ليصبح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كالأول تبعاً منه ثم وكله في عتقه

(مسئلة) قال (ولو قال أعتقه والثمن علي كان الثمن عليه والولاء للمعتق)

إما كان الثمن عليه لأنه جعل له جملاً على اعتاق عبده فازمه ذلك بالعمل كالإقرار قال من بي لي هذا الحائط فدينار فبناه إنسان استحق الدينار والولاء للمعتق لأنه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المقت ذلك

أن ولاده للمعتق عنه وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الولاء لمن أعتق» ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

(مسئلة) (وان أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه)

وهذا قول جميع من حكمنا قوله في المسئلة الأولى إلا أبا حنيفة وواقفه محمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق إلا أن يمتعه عنه بعوض فيكون له الولاء ويلزمه الموضع ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما إذا كان من غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لما ذكرنا من الحديث وعن أحمد مثل ذلك .

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق منه كما لو أخذ عوضاً فإنه كما يجوز تقدير البيع فيها إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً فإن الهبة تجوز في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً وسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع

(مسئلة) (وإذا قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه لثمنه فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه)

فلم يوجد ما يقتضي صرفه إليه فيبقى للمعتق عملاً بقوله عليه السلام «الولاء للمعتق»
(فصل) ومن أوصى أن يعتق عبده بعد موته فأعتق فالولاء له ، وكذلك لو وصى بعق عبده
ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لأن الاعتراف من ماله ، وإن أعتق عنه ما يجب اعتاقه ككفارة
ونحوها فقد مضى ذكرها فيما تقدم

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أعتق عبداً له أولاد من مولاه لقوم جرعتقه ولا أولاده)

وجلة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته فتزوجت عبداً فأولادها فولد لها منه أحرار وعليهم الولاء
لمولى أمهم بعقل عنهم وبرئهم إذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بعق أمهم فصاروا لذلك أحراراً فإن أعتق
العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجرايه ولأولاده عن مولى أمهم لأن الأب لما كان معلوماً لم يكن يصلح
وارثاً ولا ولياً في نكاح فكان ابنه كولد الملاءة ينقطع نسبه عن ابنه فثبت الولاء لمولى أمه وانتسب إليها فإذا
عتق العبد صلح الانتساب إليه وعاد وارثاً عاقلاً ولياً فباعت النسبة إليه وإلى مواليه بمنزلة مالهو استلحق للملاءة
ولهذه هذا قول جمهور الصحابة والفقهاء يروى هذا عن عمرو بن عثمان وعلي والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان
ومسعود بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري
والأوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وأسماعيل وأبو ثور ويروى عن رافع بن خديج أن

قال شيخنا لا نعلم خلافاً في هذه المسئلة وإن الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه
الثمن لأنه أعتقه عنه بشرط العوض فتقدر ابتداءه منه ثم توكيله في عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه
والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه

(مسئلة) (ولو قال أعتقه والثمن علي ففعل فالثمن عليه)

والولاء للمعتق إنما كان الثمن عليه لأنه جعل له جملاً على اعتاقه عبده فلزمه ذلك بالعمل كما لو قال
من بني لي هذا الحائط فله دينار فبناء الإنسان استحق الدينار وإنما كان الولاء للمعتق لأنه لم يأمره
باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك فلم يوجد ما يقتضي صرفه إليه فيبقى للمعتق عملاً بقوله عليه السلام
«إنما الولاء لمن أعتق»

(مسئلة) (وإن قال الكافر لرجل أعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه ففعل فهل يصح على وجهين)
(أحدهما) لا يصح لأنه يلزم منه أن يملك الكافر ولذلك لا يجوز لأنه أضرار بالمسلم (والثاني)
يصح ويعتق لأنه إنما يملكه زماناً يسيراً ولا يتسلمه فيتحمل هذا الضرر اليسير لأجل تحصيل الحرية للأبد
﴿مسئلة﴾ (وإن أعتق عبداً يباينه في دينه فله ولاؤه وهل يرث به ؟ على روايتين)

(أحدهما) لا يرث لكن إن كان له عصابة على دين الممتق ورث فإن أسلم الكافر منها ورث الممتق
رواية واحدة إذا اختلف دين السيد وعتقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافاً لمعوم قوله عليه السلام

الولاء لا ينجر عن موالي الام وبه قال مالك بن اوس بن الحدثان والزهري وهيمون بن مهران وحيد ابن عبد الرحمن وداود لان الولاء حجة كلحمة النسب والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان نحو هذا وعن زيد وأنكرها ابن البان وقال : مشهور عن عثمان انه قضى الولاء للزير على رافع بن خديج

ولنا ان الانتساب الى الاب فكذلك الولاء ولذلك لو كانا حربين كان ولأولادهما لموالي أبيه فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا أعنت العبد الاب زالت الضرورة فعادت النسبة اليه والولاء الي مواليه . وروى عبد الرحمن عن الزبير انه لما قدم خيبر رأى نثية لمسا فأعجبه ظرفهم وجهالم فسأل عنهم فقبل له موالي رافع بن خديج وأبوم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لأولاده انتسبوا الي فان ولأولادكم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فآلهم عتقوا بعنتي أمهم فاحتكوا الى عثمان فقضى بالولاء لا يير فاجتمعت الصحابة عليه . الامس سواد في الشقين نستحسنه العرب ومثله الهى قال ذو الرمة :

لمياء في شفتيها حرة لعمس وفي اللثات وفي أنيابها شنب

(فصل) وحكم المكاتب بزواج في كتابته فيأتي له اولاد ثم يعتق حكم العبد القن في جر الولاء وكذلك المدير والمعلق عتقه بصفه لا بهم عبيد فان المكاتب عبد ما بني عليه درهم

« الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء حجة كلحمة النسب » والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء ولان الولاء انما ثبت له عليه لانعامه باعتاقه وذلك ثابت مع اختلاف دينهما ويثبت الولاء للأنثى على الذكر وللذكر على الأنثى وكل معتق لمعوم الخبر والمعنى ولحديث عبد الله بن شداد في بنت حمزة وقد ذكرناه وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين ؟ على روايتين (احداها) يرثه يروى ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز وبه قال أهل الظاهر واحتج أحمد بقول علي الولاء شعبة من الرق وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني لانه يصلح له ملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لانه لا يصلح له ملكه وجمهور الفقهاء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولانه ميراث فتمه اختلاف الدين كميّرات النسب ولان اختلاف الدين مانع من الميراث بالنسب فتم الميراث بالولاء كالقتل والرق يحقّقه أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الاقوى فالاضف أولى ولان النبي صلى الله عليه وسلم ألحق الولاء بالنسب بقوله « الولاء حجة كلحمة النسب » فكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته فكذلك يمنع مع صحة الولاء وثبوته .

(مسئلة) (فان كان السيد عسبة على دين المعتق ورثته دون سيده وقال داود لا يرث عسبته في حياته) ولنا أنه بمنزلة ما لو كان الاقرب من العسبة مخالفا لدين الميت والا بعدد علي دينه ورث العبد

(فصل) إذا أنجز الولاء إلى موالي الأب ثم انقرضوا عاد الولاء إلى بيت المال ولم يرجع إلى موالي الأم بحال في قول أكثر أهل العلم. وحكي عن ابن عباس أنه يعود إلى موالي الأم والاول أصح لان الولاء جرى مجرى الانساب. ولو انقرض الأب وأبوه لم تعد النسبة إلى الأم كذلك الولاء فإذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الأب كان ولدها لموالي أبيه بلا خلاف فإن فناء بالامان عاد ولاؤه إلى موالي الأم لانا نتبين أنه لم يكن له أب ينتسب إليه فإن عاد فاستلحقه عاد الولاء إلى موالي الأب (فصل) ولا ينجر الولاء إلا بشرط ثلاثة [أحدها] أن يكون الأب عبداً حين الولادة فإن كان حراً وزوجته مولاة لم يخل أما أن يكون حر الأصل فلا ولاء عليه ولا على ولده بحال وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ولا جر فيه (الثاني) أن تكون الأم مولاة فإن لم تكن كذلك لم يخل إما أن تكون حرة الأصل فلا ولاء على ولدها بحال ومأحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسببها فإن أعتقهم فولأؤم له لا ينجر عنه بحال سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملاً بهم فعتقوا بعقمتها لان الولاء يثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق لقوله عليه السلام «الولاء لمن أعتق» وإن أعتقها المولى فأنت مولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه. وإن أتت به لاكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لانه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برفقه بالشك، وإن كانت المرأة بائناً وأنت بولد

دون القريب فإن اجتمعا على الاسلام توارثا كالمعتقين لزوال المانع (فصل) قال الشيخ رحمه الله ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وكاتبين أو كاتب من كاتبين

وعنه في بنت المعتق ترث خاصة والاول أصح معنى قوله من الولاء أي بالولاء لان الولاء لا يورث على ما نذكره ظاهر المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جر الولاء اليهن من أعتقن والكتابة كذلك فأمّا اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الحارثي في بنت المعتق ما وجدتها منصوطة عن أحمد وقد قال في رواية بن اقسام وقد سأله هل كان لحمزة أو لابنته؟ فقال لابنته فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لأنها هي المعتقة وهذا قول الجمهور وإلى ذهب مالك والشافعي وأهل العراق وداد والصحيح الاول لاجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولان الولاء لحمزة كالحمزة النسب والمولى كالنسيب من الاخ والم ونحوهما فولده من المعتق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم الا المذكور خاصة

فأما الرواية المذكورة في ميراث بنت المعتق التي ذكرها الحارثي فوجيها ما روي ابراهيم النخعي أن مولى لحمزة مات وخلف بنتا فورث النبي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبد الله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعتقته فأت وترك ابنته ومولاته

لأربع سنين من حين الفرة أم بلحق بالاب وكان ولاؤه لمولى أمه وإن أتت به لأقل من ذلك لحقه الولد وانجر ولاؤه وولد الامة مملوك سواء كان من نكاح أو من سفاح عرييا كان الزوج أو أعجميا ، وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر أن كان زوجها عرييا فولده حر وعليه قيمته ولا ولاؤه عليه وعن أحمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور ، وبه قال الشافعي في القديم ثم رجع عنه ، والاول أولى لأن أهم أمة ، فكانوا عبيدا كما لو كان أبرم أعجميا

[الثالث] أن يعتق العبد سيده فإن مات على الرق لم ينجر الولاء بحال وهذا لا خلاف فيه فإن اختلف سيد العبد ومولى الام في الاب بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء . وأنكر ذلك مولى الام فاقول قول مولى الام ، ذكره أبو بكر لأن الاصل بقاء الرق ، وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فإن لم يعتق الاب ولكن عتق الجد فقال أحمد لا ينجر الولاء . ليس هو كلاب وبهذا قال أبو حنيفة وصاحبه . وعن أحمد أنه يجره وبه قال شرح والشعبي والنخعي وأهل المدينة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن مرد والشافعي في أحد قوايه فإن اعتق الاب بعد ذلك جره عن موالي الجد إليه لأن الجد يقوم مقام الاب في التصيب وأحكام النسب فكذلك نجي جر الولاء . وقال زفر أن كان الاب عبدا لم ينجر الجد الولاء وإن كان ميتا جره وهو قول الثاني للشافعي ولنا أن الاصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الاصل للانفاس على أنه ينجر

بنت حمزة فرفع ذلك الى رسول الله ﷺ فأعطى ابنه النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف قال عبد الله بن شداد أنا أعلم بها لأنها أختي من أمي أما سلمى رواء ابن اللبان بإسناده وقال هذا أصح ما روى إبراهيم ولان البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء فأما توريث المرأة من معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم وقد دل عليه حديث عائشة حين أرادت شراء بريدة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أشتريها واشترطي لهم الولاء فأما الولاء ما أعتق » متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام « تحوز المرأة ثلاث موارث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه » قال الترمذي هذا حديث حسن ولان المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب

ومن مسائل ذلك رجل مات وخلف ابن معتقه الميراث لابن معتقه خاصة

وعلى الرواية الاخرى يكون الملك بينهما اثلاثا فإن لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال وعلى الرواية الاخرى يكون الملك لها وإن خلف اخذت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك إن خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما وإن خلف أخا معتقه واخذت معتقه فالميراث للاخ ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن للمعتق معتقه فالميراث له دون البنت إلا على الرواية الاخرى

يعتق الاب ، والجد لا يساويه بذليل انه لو عتق الاب بعد الجد جره عن موالى الجد اليه ولو أسلم الجد لم يتبعه ولد وولد ولان الجد يدلي بغيره ولا يستتر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالاخ وكونه يقوم مقام الاب لا يلزم أن ينجر الولاء اليه كالاخ وعلى القول الآخر لافرق بين الجد القريب والبعيد لان البعيد يقوم مقام الاب كقيام القريب ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء اليه ثم ان عتق الاب جر الولاء لان كل واحد يجب من فوقه ويسقط تعصيه وادته وولايته ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده ممنوك فتزوج مولاة قوم فاولدها أولاداً فولأؤم لمولى أمهم وعند من يقول يجر الجد الولاء يكون لمولى الجد وان لم يكن الجد مولى بل كان حر الاصل فلا ولا على ولدايه فان اعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولا لان الحرية ثبتت له من غير ولا فلم يتجدد عليه ولا كالحر الاصلي

(فصل) وإذا كان أحد الزوجين الحرين حر الاصل فلا ولا على ولدهما سواء كان الآخر عربياً أو مولى لان الام اب كانت حرة لاصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الاب رقيقاً في ابتاء الرق والولاء فلان يتبعها في نفي الولاء وحده أولى وإن كان الاب حر الاصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولا يبحث بصير الولاء عليه لمولى ابيه فلان يتبعه في سقوط الولاء عنه أول ، وهذا قول أكثر أهل العلم وسواء كان لاب عربياً أو أعجمياً وقال أبو حنيفة إن كان أعجمياً والام مولاة ثبت الولاء على ولده

فان لما النصف والباقي للمصبة وإن خلف بنته ومثقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قضية مولى بنت حمزة حين مات وخلف بنته وبنت حمزة التي اعتقته فأعطى النبي ﷺ بنته النصف والباقي لبنت حمزة فان خلف ذا فرض سوى البنت كالام والجدة أو الاخت أو الاخ من الام أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاة أو مولاته فلذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء رجل وابنته اعتقوا عبداً ثم مات الاب وخلف أبنيه وبنته فماله ينهما اثلاثاً ثم مات العتيق فلبنت النصف لانها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة الا على الرواية الضعيفة فان الباقي يكون بينهما اثلاثاً فيصير لبنت الثلثان ولاخيهما الثلث وإن ماتت البنت قبل العتيق وخلفت ابناً ثم مات العتيق فلا ينهما النصف والباقي لاختها ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لاختها دون بنتها الا على الرواية الاخرى فان لبنتها النصف والباقي لاختها وان مات الابن قبل العتيق وخلف بنتاً ثم مات العتيق وخلف معتقة نصفه وبنت أختها فللمعتقة نصف ماله وباقي لبيت المال وعلى الرواية الاخرى لها النصف باعتبارها ونصف الباقي بأنها بنت معتق النصف والباقي لمصبة أبيها ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العتيق وخلفت ابناً ثم مات العتيق فلا ينهما النصف ولا شيء لبنت أختها، امرأة اعتقت أباها ثم اعتق أبوها عبداً ثم مات الاب ثم البعد فمالها لها فان كان أبوها خلف بنتاً أخرى معها فلها ثلث مال الاب بالنسب والباقي للمعتقة

وليس بصحيح لانه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربياً وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً أو مجبوراً بالنسب أو معلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجبوراً بالنسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام إن كانت مولاة قال ابن القبان وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال الحبري وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد لان مقتضى ثبوته لمولى الام موجود وإنما ائتمت في محل الوفاق بجزية الاب فإذا لم يكن معلومه فقد وقم الشك في المانع فيبقى على الأصل ولا يزول عن اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا أن الاب حر محكوم بجزية فاشبه معروف النسب ولان الأصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الأصل بالوهم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فإنه إنما ثبت لمولى الام بشرط رقي الاب وهذا الشرط منتفك حكماً وظاهراً وان سلمنا وجود المقتضي فقد ثبت المانع حكماً فان الاب حرته ثابتة حكماً فلا تعويل على ما قالوه وان كان الاب مولى والام مجبورة بالنسب فلا ولا، عليه في قولنا وقياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه لانا شككنا في المانع من ثبوته

ولنا ما ذكرنا في التي قبلها ولان الام لا تخلوا من أن تكون حرة الأصل فلا ولا على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها ولولا لمولى أبيه والاحتمال الاول راجح لوجهين

بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون اخيها ويتخرج على الرواية الاخرى أن يكون لهما ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة ولو كان الاب خلف مع المعتقة ابناً فمال الأب بينها اثلاثاً بالبنوة ومال العبد كله لابن دون اخته للمعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء، ولو خلف الاب أخاً أو عمّاً أو ابن عم مع البنت فلبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه لأن العصبه من النسب مقدم على المعتق في الميراث إلا على رواية الحنفي فان للبنت نصف ميراث العبد لسكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته

(مسئلة) (ولا يرث من الولاء ذو فرض إلا الاب والجد يرثان السدس مع الابن)

لص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والابن والابن من الكبر في شيء يجربهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والشافعي وأصحاب وأبي يوسف وروى عن زيد أن المال لابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحامد والزهري ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء لان الابن أقرب العصبه والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال

ولنا أنه عصبه وارث فاستحق من الولاء كالاخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبه لا يسقط أحدهما صاحبه وإنما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء

(أحدهما) أنه محكوم به في الأم فيجب الحكم به في ولدها (الثاني) أنه معتضد بالأصل فإن الأصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان الاحتمال الذي صاروا إليه معارضاً باحتمالين كل واحد منهما مساو له فترجيحه عليهما محكم لا يجوزز المصير اليه بنير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الأولى أيضاً . (فصل) إذا تزوج متق بمتعة فأولدها ولدان فولاهما لمولى أبيهما فإن غابا فالحق أن يولاهما

إلى مولى أمهما فإن مات أحدهما فميراثه لأمه ومولاهما فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما وانترجع الميراث من موالى الأم ولو كان أبوهما عبداً ولم ينفعهما وورث موالى الأم الميث منهما ثم أحق الأب انجر الولاء إلى موالى الأب ولم يكن لهم ولا وللاب استرجاع الميراث لأن الولاء إنما ثبت لهم عند اعتاق الأب ويفارق الأب إذا أكذب نفسه لأن النسب ثبت من حين خلق الولد

(فصل) وإذا تزوج عبد متعة فاستولدها أولاداً فهم أحرار وولاهم لموالى أمهم فإن اشترى أحدهم أباه عتق عليه وله ولأؤه ويحجر اليه ولا أولاده كلهم ويبقى ولا المشتري لمولى أمه لأنه لا يكون مولى نفسه ، وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في أهل المدينة وأبو حنيفة في أهل العراق والشافعي وشذوهر بن دينار المدني فقال بغير ولاء نفسه فيصير حراً لا ولاء عليه قال ابن شريح وبمقتله قول الشافعي ولا يعمل على هذا القول لشذوذ ولا لأنه يؤدي إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبيه دونه مع كونه

ولذلك يقدم الأب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرها وحكم الأب مع ابن الابن وإن سفل وحكم الجد وإن علا مع الابن وابنه سواء

﴿مسئلة﴾ والجد يرث الثلث مع الاخوة إن كان أحظ له إذا خلف المتق أخاه وجده فللولاء ينهما نصفين

وبه قال عطاء واليث ويحيى الانصاري وهو قول للشافعي وقول الثوري وأبي يوسف ومحمد والذين جعلوا الجد أباً قبلوه أولى من الاخ وورثوه وجده وروي عن زيد أن المال للأخ وهو قول مالك والشافعي لأن الاخ ابن الأب والجد أبوه والابن أحق من الأب

ولنا أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء ينهما نصفين كالأخوين وإن ترك جد مولاة وابن أخي مولاة فاللجد في قول الجميع إلا مالكاً جعل الميراث لابن الاخ وإن سفل وقاله الشافعي أيضاً لأن ابن الابن يقدم على الأب وإن سفل وليس هذا صواباً فإن الجد يقدم على ابن الاخ في الميراث فكيف يقدم عليه هنا؟ ولأن الجد أولى بالمتق من ابن الاخ فيرث مولاة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أولى الناس بالمتق» والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنته دون ابن الاخ فيكون أولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلا ولي رجل ذكر» وفي لفظ «فلا ولي عصبه ذكر» ولأن الجد أب فيقدم على ابن الاخ

مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الأصول ولا يمكن أن يكون مولوداً نفسه يقتل عنها وبرئها وبزواجها لكن لو اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد بأعتقه فأعتقه فآله ينجر إليه ولأبيه سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء بأعتاقه إياه والعقبى ولأبيه معتقه بولائه على أبيه وخبره ولأبيه بأعتاقه إياه ولا يتمتع مثل هذا كما لو أعتق الحر بي عبداً فأسلم ثم أمر سيده وأعتقه صار كل واحد منهما مولوداً للآخر من فوق ومن أسفل وبث كل واحد منهما الآخر بالولاء. وكما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه به كذلك الولاء، وإن تزوج ولد للمعتقة معتقة فأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويحجر إليه ولأبيه وسائر أولاد جده وهم محرمون له ومعه ولأبيه جميع معتقيهم ويبقى ولأبيه المشتري لمولى أم أبيه، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لأولاده عليه.

(فصل) إذا تزوج عبد لمعتة فأولدها ولداً فتنزع الولد بمعتة رجل فأولدها ولداً فولاً. هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لأن له الولاء على أبيه فكان الولاء له عليه كما لو كان مولوداً لجده ولأن الولاء الثابت على الأب يمنع ثبوت الولاء لمولى الأم (والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لأن الولاء الثابت على ابنه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في

كأب الحقيقى فإن اجتمع أخوة وجد فبراث المولى بينهم كمال سيده إن زادوا على اثنين فللجد ثلث ماله لأنه أحظ له وإن اجتمع أخوة من أبوين وأخوة من أب عاد الأخوة من الأبوين الجدة بالأخوة من الأب ثم يأخذ ولد الأبوين ما حصل لولد الأب كليراث وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عدم ولا يهاد ولد الأبوين الجدة بولد الأب.

ولنا أنه ميراث بين الجد والأخوة أشبه الميراث بالنسب فإن كان مع الأخوة أخوات لم يعتد بهن لأنهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالأخوة من الأم وإن انفرد ولد الأب مع الجد فهم كولد الأبوين (فصل) فإن ترك جد مولاة وعم مولاة فهو للجد وكذلك إن ترك جد أبي مولاة أو وجد جد مولاة وعم مولاة فهو للجد وبه يقول الثوري والأوزاعي وأهل العراق وقال الشافعي هو للعم وبنيه وإن سفلوا دون الأب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والأخ سواء فجاء الأب والعم سواء وهو أولى من ابن العم

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «يرثه أولى الناس بالمعتق» فالجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك والعجب أن الشافعي رحمه الله تعالى ترك الجد أباً في ولاية المال والاجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الاتفاق عليه وله عتقه على ابنه وعتق ابن ابنه عليه وإتفاء القصاص عنه يقتل ابن ابنه والجد بقذفه وغير ذلك من أحكام الأب ثم جعل أجد العصبات أولى منه بالولاء

حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولا يه مولى كان مولاه أحق به من مولى أبيه فإن كان له مولى أم ومولى أم أب ومولى أم جد وجدة مملوك فلي الوجه الاول يكون لمولى أم الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام

(فصل) وإن تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابنا فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاه هذا الولد لمولى أم أبيه لأن له الولاء على أبيه، وإن تزوجت بنت بمملوك فولاه ولدها لمولى أبيها لأن ولدها له فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فأولاه لمولى أم أبي الام على الوجه الاول لأن مولى أبي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدماً على المعتقين أمها ويثبت له الولاء عليها

(فصل في دور الولاء)

إذا تزوج عبد بمعتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء ونجر كل واحدة منها نصف ولأختها اليها لأنها أعتقت نصف الاب ولا ينجر الولاء الذي عليها ويبقى نصف ولأختها كل واحدة منهما لمولى أمها فإن مات الاب فلهما ثلثاهن بانبوة وبانيه بالولاء فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلاختها النصف بالنسب ونصف الباقي بأنها مولاة نصفها فصار لها ثلثاهن أربعاً مالها والربع الباقي لمولى أمها فإن كانت إحداهما ماتت قبل أبيها فمالها لا يهاثم إذا مات الاب فلا يباقي نصف ميراث

(مسألة) (والولاء لا يورث وإنما يورث به)

وهذا قول الجمهور روي نحوه ذلك عن عمرو بن عثمان وعلي بن مسعود وابن عمر واسامة بن زيد وأبي مسعود البصري وأبي ابن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهرى والحسن وابن سيرين وقادة والشعبي وأبراهيم ومالك والشافعي وأهل العراق وداود وشذ شريح فجعله موروثاً كالمال لأنهم روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ما أحرزه الولد والوالد فهو لمصيبة من كان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «إنما الولاء لمن أعتق» وقوله «الولاء لمة كلمحة النسب» والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولأن الولاء إنما يحصل بانتماء السيد على عبده بالعتق وهذا المقتضى لا ينتقل عن المقتضى فكذلك الولاء ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطها أبو بكر وهو كما قال فإن الجماعة روي عن أحمد مثل ما ذكرنا من قول الجمهور وقدرى سعيد بإسناده عن الزهرى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «المولى أخ في الدين ومولى نعمة» وأولى الناس بميراثه أقربهم من المقتضى ولأنه قول من سمينا من الصحابة لم يظهر عنهم خلافه ولا يصح قياسه على المال لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوات الفروض بخلاف المال فلي هذا ينظر أقرب المصبات إلى المقتضى يوم موت المقتضى فيكون هو الوارث للمولى دون غيره كما أن السيد يورث في تلك الحال ورثه وحده

أيها فالأولاء أيها ثم إذا مات الأب فالباقية نصف ميراث أيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لأنها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولي أم الميتة الثلث فإن ماتت البنت الباقية بعدهما فالأولاء أيها نصفه لمولي أمها ونصفه لمولي أختها الميتة وهم أختها وهو والي أمها فنصفه لمولي أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لأنه خرج من هذه الميتة ثم دار إليها فقال القاضي يجعل في بنت المال لأنه لا مستحق له نفعه وهذا قول محمد بن الحسن وقيس قول مالك والشافعي

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين هو لمولي أم الميتة وهذا قول الجمهور وهاتان المسئلتان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سوى ما ذكرناه وهذا أصح ما قيل فيها إن شاء الله فإن مات الأبنتان قبل الأب ورث مالهما بالنسب فإن مات بعدهما فالله يقسم على ثمانية أسهم لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم سهمان لمولي أمها وسهمان لمولي أختها يقسمان أيضاً لموالي أمها سهم وسهم دائر يرجع إلى بيت المال فيحصل لبيت المال الربع ولمولي أمها ثلاثة أرباع فإن كن ثلاثاً ماتت أحدهن قبل الأب والآخرى بعده فالأب على سبعة وعشرين لابنتيه ثلثاها بالنسب وثلثا الباقي بولائهما عليه وثلثا الباقي بولائهما على أختهما ويبقى لمولي الأم سهم ومال اثنتي عشرة على ثمانية عشر لحيية تسعة بالنسب وثلثا بولائها على مولي أمها ثلاثة ويبقى لثلاثة لموالي الميتة الأولى لحيية سهم ولمولي أمها سهم ويبقى سهم دائر فمن جعله لبيت المال دفعه إليه

(مسئلة) (ولا يباع ولا يوهب)

لا يبيع بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء روى ذلك عن عمرو بن مسعود وابن عباس وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس بن معاوية والزهرى ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء وروى سعيد بإسناده عن عبيد الله أنه قال إنما الولاء كالنسب فيبيع الرجل لنسبه وقد روى سعيد بإسناده عن سفیان عن ابن عمر وابن دينار أن ميمونة وهبت ولأه سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتباً وروي أن ميمونة وهبت موالها للعباس وولأهم اليوم لهم وإن عروة ابتاع ولأه طهمان لورثة مصعب بن الزبير وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لمولاي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال «الولاء لمة كلعمة النسب» وقال لمن ألق من قولي غير مواله ولاه معنى يورث به فلا ينتقل كالقراة وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور وترده السنة فلا يمول عليه فعل هذا لا ينتقل الولاء عن المتق لموته ولا يرثه ورثته إنما يرثون المال به مع بقائه للمعتق وهذا قول الجمهور على ما ذكرناه

(مسئلة) (وهو لا يورث إذا مات المعتق وخلف عتقة وابن بنت فأت أحد الابنين عن ابن ثم مات

المولى فالنكاح لا يورثه)

ومن جعله لمولى الام فهو له ومن لم يذنه قسمه بين الحية ومولى الام نصفين ورجع بالاختصار إلى أربعة فان كانت أمها تن شتى فمن اثني عشر فان اشترى الابن اباهما ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جدهما ثم مات الاب فإله بينهم الثلاثة ثم اذا مات الجد وخلف ابنتي ابنتيهما الثلثان والكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لمولى الاب لأنه مولى نصف الجد وم ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه ، ولصغرى ربعة وسدسه فان كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبرها أخاهما لا يبيها فالجواب فيها كالتي قبلها

باب ميراث الولاء

يعني والله اعلم الميراث بالولاء ، واذن الميراث اليه لأنه سببه فان الشيء يضاق إلى سببه كما يقال دية الخطأ ودية العمد وانما قلنا ذلك لان الولاء لا يورث وانما يورث به وهذا قول الجمهور روي نحو ذلك عن عمرو عثمان وعلي وزيد بن مسعود وابن عمر واسامة بن زيد وابن مسعود البصري وأبي بن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهرى والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبي وإبراهيم ومالك والشافعي وأهل العراق وداود وجعل شريح الولاء موروثة كالمال ولما قول النبي ﷺ انما الولاء لمن اعنق وقوله الولاء لجهة كاحدة النسب والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولان الولاء انما يحصل بانعام السيد على المعتق وهذا

لان الولاء للكبر ولو مات الابن بعده وقبل الشيق وخلف أحدهما ابنا والآ خر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد عشرة وهذا قول أكثر أهل العلم قال أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وروي سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي ان عمر وعلي وابن مسعود وزيد كانوا يجعلون الولاء للكبر وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البصري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والثوري والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاء للكبر وتفسيره أنه يرث المعتق من عصبته سيده أقربهم إليه وأولاهم ميراثه يوم موت السيد قال ابن سيرين اذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلى الذي أعنته فيجعل ميراثه له واذا مات السيد قبل مولاة لم ينتقل الولاء إلى عصبته لان الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وانما يورث به فهو باق للمعتق أبداً لا يزول عنه بدليل قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعنت وقوله الولاء لجهة كاحدة النسب وانما يرث عصبته السيد مال مولاة مولاة معتقه لانفس الولاء ويوضح ذلك بالمسئلتين التين ذكرناهما هنا وهما اذا مات رجل عن ابنتين ومولى فأت أحد الابنتين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لان ابن المعتق أقرب عصبته سيده فلو مات السيد وخلف ابنة وابن ابنة ورثه ابنه دون ابن ابنة فكذلك اذا مات المولى والمسئلة الاخرى اذا مات الابن

المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء (مسئلة) قال ولا يرث النساء من الولاء إلا ما اعتقن أو اعتق من اعتقن أو كاتب أو كاتب من كاتبين وقد روي عن أبي عبد الله وجه الله في بنت المعتق خاصة أنها ترث لما روي عن النبي ﷺ أنه ورث بنت حمزة من القتي اعتقه حمزة قوله ولا يرث النساء من الولاء لما قدمنا من أن الولاء لا يرث ولهذا قال إلا ما اعتقن ومعتقن ولاؤه لمن فكيف يرثه؟ والظاهر من المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما اعتقن أو أعتق من أعتقن وجو الولاء اليهن من اعتقن والكتابة كذلك فأنها اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الحرقي في ابنة المعتق ما وجدتها منصوصة عنه وقد قال في رواية ابن القاسم وقد سأله هل كان لمولى حمزة أو لابنته؟ فقال فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لأنها هي المعتقة وهذا قول الجمهور وهو قول من صمينا في أول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح والصحيح الأول لاجتماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولأن الولاء لمة كاحمة بالنسب والمولى كالنصيب من الأخ والمم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم إلا المذكور خاصة فأما رواية الحرقي في بنت المعتق فوجهها ما روى إبراهيم النخعي أن مولى حمزة مات وخلف بنتاً فورث التي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبد الله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعتقه فمات وترك ابنته ومولاه بنت حمزة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاه بنت حمزة النصف قال عبد الله بن شداد أنا أعلم بها لأنها اختي

بعد السيد وقبل مولاه وخلف أحدهما ابناً والآخر أمتة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك ولو كان الولاء موروثاً لاختلف الحكم في المسئلتين وكان الميراث في المسئلة الأولى بين الابن وابن الابن نصفين لأن الابنين ورثوا الولاء عن أبيهما ثم ما صار إلى الابن الذي مات انتقل إلى ابنته وفي المسئلة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن أبيه ولبنه الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وذهب شريح إلى أن الولاء موروث كاللأب يرث عن المعتق فمن ملك شيئاً في حياته فهو لورثته وحكي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب وروي عن أحمد نحوه والمشهور عنه مثل قول الجمهور قال أبو الحارث سألت أبا عبد الله عن الولاء لكبر قال كذا روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وقد ذكرنا ذلك عن شريح وأجبت عنه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وإن لم يخلف عصبه من نسب مولاه فساله لمولي مولاه ثم لا قرب عصباته ثم لمولى مولى مولاه فإذا انقرض العصبات والموالي وعصباتهم فإله ليت المال

(مسئلة) (وإذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما عتق عليها بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات العتيق ثم مات مولاه ورثه الرجل دون أخته) إذا اشترى رجل وأخته أباهما وأخاهما عتقا عليها بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات الأب أو

من ابي امانا سلمى، رواه ابن البان بإسناده وقال هذا أصح؛ روى إبراهيم، ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء، فأما توريث المرأة من معتق ومعتقة ومن جر ولاء معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم، وقد نص النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فإن عاتقة أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم «اشتريها واشترطي لهم الولاء قائما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وقال عليه السلام «تحوز المرأة ثلاثة موارث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه» قال الترمذي هذا حديث حسن ولأن المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث مولى بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة، وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب

ومن مسائل ذلك رجل مات وخلف ابن معتقه وبنت معتقه فالميراث لابن معتقه خاصة وعلى الرواية الاخرى يكون الميراث بينهما أثلاثاً فإن لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال الاعلى الرواية الاخرى فإن الميراث لها، وإن خلف اخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك ان خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما، وإن خلف أخا معتقه واخت معتقه فالميراث للاخت، ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن معتق معتقه فاللأول دون البنت الاعلى الرواية الاخرى فإن لها النصف والباقي للمعصبة، وإن خلف بنته ومعتبه فلينته النصف والباقي لمعتقه كما في قصة مولى

فيرانه بينهما أثلاثاً بالنسب فإذا مات العبد ورثه الرجل دون أخته لانه ابن المعتق أو أخوه فورثه بالنسب وهي مولاة المعتق، وعصبة المعتق مقدم على مولاه، وعلى الرواية التي تقول إن بنت المعتق ترث إذا اشترى أباهما يتكون ميراث العبد بينهما أثلاثاً، فإن اشترى أخاه فمعتق عليها ثم اشترى عبداً فأعتقه ومات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فيه انه لابن أخيها دونها لانه ابن أخي المعتق فإن لم يخلف الأخ إلا بنته فنصف مال العبد للاخت لأنها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال

(فصل) إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى أبيه فالله لبيت المال لانه ثبت عليه الولاء من أجل مباشرته بالعتق ولم يثبت عليه باعناق أبيه، وإذا لم يكن لمولاه إلا بنت لم ترث لأنها ليست عصبة وإنما يرث عصبات المولى فإذا لم يكن له عصبة لم يرجع الى معتق أبيه وكذلك ان كان له معتق أب ومعتق جد ولم يكن هو معتق فيرانه لمعتق أبيه إن كان ابن معتقه ثم لمصبة معتق أبيه ثم لمعتق معتق أبيه فإن لم يكن له أحد منهم فليبت المال ولا يرجع الى معتق جده، وان كانت أمه حرة الاصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق أبيه شيء

(فصل) امرأة حرة لا ولاء عليها وأبواها رقيقان أعتق إنسان أباهما ويتصور هذا في موضعين أحدهما أن يكونوا كفاراً فتسلم هي ويسبي أبواها فيسترقا والثاني أن يكون أبوها عبداً تزوج أمة على (المغني والشرح الكبير) (٣٤) (الجزء السابع)

بنت حمزة فانه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف والباقي لمولاته، وإن خلف ذا فرض سوى البنت كالأم أو الجدة أو الاخت أو الاخ من الأم أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فان لذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء وقد سبق ذكر ذلك . رجل وابنته اعتقا عبداً ثم مات الأب وخلف ابنه وبنته فإله بينهما اثلاثاً ثم مات العبد فلبنت النصف لأنها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة الأعلى الرواية الضعيفة فان الباقي يكون بينهما على ثلاثة فيكون لبنت الثلثان ولأختها الثلث، وإن ماتت البنت قبل العبد وخلفت ابناً ثم مات العبد فلا ينها النصف والباقي لأختها، ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لأختها دون بنتها إلا على الرواية الأخرى فان لبنتها النصف والباقي لأختها وإن مات الابن قبل العبد وخلف بنتاً ثم مات العبد وخلف معتقة وبنت (١) أختها فلمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال وعلى الرواية الأخرى لها النصف باعتاقها ونصف الباقي لأنها بنت معتق النصف والباقي لمصبة ابنها، ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العبد وخلفت ابنها ثم مات العبد فلا ينها النصف ولا شيء لبنت أختها . امرأة أعتقت أباها ثم أعتق أبوها عبداً ثم مات الأب ثم العبد فإلهما لها، فان كان أبوها خلف بنتاً أخرى معها فلمها ثلثا مال الأب بالنسب والباقي للمعتقة بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون أختها ويخرج على الرواية الأخرى أن يكون لها ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة، ولو كان الأب خلف مع المعتقة ابناً فالأب ينهما

(١) في نسخة معتقة نصفه ونصف أختها

أنها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق أبيها لم يرثها لأنه إنما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليها وهكذا الحكم فيما إذا تزوج عبد حرة الأصل فأولدها ولدأ ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق أبيه لأنه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت إحداهما أباها فعتق عليها فإله ولاؤه وليس لها ولء على أختها فإذا مات أبوها فلها الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فإذا ماتت أختها فلها نصف ميراثها بالنسب وباقيه لمصبتها فان لم يكن لها عصبه فالباقي لأختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لأنها لا ولء عليها

(فصل) في جر الولاء : قال الشيخ رضي الله عنه (كل من باشر العتق أو عتق عليه لا ينتقل منه الولاء بحال لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » فأما ان تزوج العبد معتقة فأولدها فولدتها منه أحراراً وعليهم الولاء لمولى أمهم يحل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بمنق أمهم فصاروا لذلك أحراراً فان أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجز اليه ولء أولاده عن مولى أمهم لان الأب لو كان مملوكاً لم يكن يصلح وارثاً ولا ولياً في نكاح فسكان ابنه كولد الملاعة ينقطع نسبه عن أبيه فيثبت الولاء لمولى أمه وانتسب إليها فإذا أعتق العبد صالح الانتساب اليه وعاد وارثاً ماقلاً ولياً فبادت النسبة اليه وإلى مواليه بمنزلة مالهو استحق الملاعن ولده هذا قول جمهور الصحابة والعلماء يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب

اثلاثاً بالبنة ومال العبد كله للابن دون اخته المعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء ولو خلف الاب أخاً أو عمّاً أو ابن عم مع البنت فلبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لمصبتها ومال العبد لمصبتها ولا شيء لبنته فيه لان العصة من النسب مقدم على المعتق في الميراث الاعلى رواية الحرقى فان لبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لمصبتها. امرأة وأخوها اعتقا أباهما ثم اعتق أبوهما عبداً ثم مات الاب فخاله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات العبد فميراثه الابن دون اخته لانه ابن المعتق يرثه بالنسب وهي مولاة المعتق ولأن المعتق يقدم على مولاة، فان مار أخوها قبل أبيه وخلف بنتاً فخاله بين ابنته وابنه لصفين ثم اذا مات الاب فقد خلف بنته وبنت ابنه وبنته مولاة نصفه فلبنته النصف ولبنت ابنه السدس ويبقى الثالث لبنته نصفه وهو السدس لانها مولاة نصفه يبقى السدس لموالي الاخ إن كان ابن معتقه وهم اخوه وموالي امه فلاخته نصف السدس والنصف الباقي لمولى امه فحصل لاخته النصف والرابع والسدس، وإن لم يكن ابن معتقه بل كانت امه حرة الاصل فلا ولاء عليه وتأخذ اخته الباقي كله بالرد إن لم يخلف الاب عصة فان خلف الاب عصة من نسبه كأخ أو عم أو ابن عم أو عم أب فلبنته النصف والباقي لمصبتها، ولو اشترى رجل واخته أخاهما ثم اشترى أخوهما عبداً فاعتقه ثم مات أخوهما فخاله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات عتيقه فميراثه لاخته دون اخته، ولو مات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن اخيه دونها لانه ابن اخي المعتق، وإن لم يخلف الاخ الابنته فنصف مال العبد للاخت لانها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال

والحسن وابن سيرين وعمر ابن عبد العزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه وأشافعي وإسحاق وأبو ثور ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لا ينجر من موالى الام وبه قال مالك بن أوس بن الحذئان والزهرى وميمون بن مهران وحيد بن عبد الرحمن وداود لان الولاء لحمة كالحمية بالنسب والنسب لا يزول بمن ثبت له فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان وزيد نحو هذا وأنكرهما ابن البار وقال مشهور عن عثمان أنه قضى بحجر الولاء للزبير عن رافع بن خديج .

ولنا أن الانتساب إلى الاب فكذلك الولاء ولذلك لو كانا حريين كان ولاء ولدها لمولى أبيه فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا اعتق الاب زالت الضرورة فمادت النسبة اليه والولاء الى مواليه وروى عبد الرحمن عن الزبير أنه لما قدم خير رأى فتية لمسا فأعجبه ظنهم وجعلهم فسأل عنهم فقيل موالى رافع بن خديج وأبوه مملوك لآل الحرقى فاشترى الزبير أباهم فاعتقه وقال لاولاده انتسبوا إلي فان ولاءكم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فانهم عتقوا بعتقي أمهم فاحتسبوا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير فاجتمعت الصحابة عليه، اللعس سواد في الشفتين تستحسنه العرب ومثله المعنى قال ذوالرمة

لمساء في شفتيها حوة لسي وفي اللثات وفي أنيابها شني

(فصل) اذا خلف الميت بنت مولاة ومولى ابيه فانه لبيت المال لانه اذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرته بالعتق لم يثبت عليه باعناق ابيه واذا لم يكن لمولاة الا ابنة لم ترث لانها ليست عصبية وانما يرث عصبان المولى فاذا لم يكن له عصبية لم يرجع الى معتق ابيه وكذلك ان كان له معتق أب أو معتق جد ولم يكن هو معتقاً فبرائه لمعتق ابيه ان كان ابن معتقه ثم لعصبية معتق ابيه ثم لمعتق معتق ابيه فان لم يكن له احد منهم فليبت المال ولا يرجع الى معتق جده، وان كانت امه حرة الاصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق ابيه شيء

(فصل) امرأة حرة لا ولاء عليها وابوها رقيقان اعتق انسان اباهما ويتصور هذا في موضعين (احدهما) ان يكون جميعهم كفاراً فتسلم هي ويسبي ابوها فيسترقان (الثاني) ان يكون ابوها عبداً تزوج امة على انها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق ابيها لم يرثها لانه انما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليها وهكذا الحكم فيها اذا تزوج عبد حرة الاصل فأولدها ولدان ثم اعتق العبد ومات. ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق ابيه لانه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت احدهما اباهما فتعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها ولاء على اختها، فاذا مات ابوها فلها الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فاذا ماتت اختها فلها نصف ميراثه بالنسب وباقيه لعصبته فان لم يكن لها عصبية فالباقي لاختها بالرد ولا ميراث لها، منها بالولاء لانها لا ولاء عليها (فصل) ولا يرث من اقارب المعتق ذو فرض منفرد كالاخ من الام والزوج لان الولاء للعصبات

(فصل) وحكم المكاتب يتزوج في كتابته ثم يعتق حكم العبد الفتي في جر الولاء وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لانهم عبيد فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (فصل) وإذا أنجر الولاء إلى موالى الاب ثم انقضوا عاد الولاء الى بيت المال ولم يعد إلى موالى الام بحال في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن عباس أنه يعود إلى موالى الام والاول أصح لان الولاء جرى مجرى الانتساب ولو انقض الاب وآبؤه لم تعد النسبة إلى الام كذلك الولاء إذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الاب كان ولاء ولدها لموالى أبيه بلا خلاف فان نفاه باللعان عاد ولاؤه إلى موالى الام لانا تبينا أنه لم يكن له أب ينتسب اليه فان عاد فاستأنقته عاد الولاء إلى موالى الاب. (فصل) ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة.

(أحدها) أن يكون الاب عبداً حين الولادة فان كان حراً وزوجته مولاة لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولده بحال وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه أبداً ولا جرفيه (الثاني) أن تكون الام مولاة فان لم تكن كذلك لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولدما بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فان أعنتهم فولأؤهم له لا ينجر عنه بحال سواء أعنتهم بعد ولادتهم أو أعنتهم حاملاً بهم فعتقوا بعنتها لان الولاء ثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق أقوله عليه الصلاة والسلام « إنا الولاء لمن أعنت » وإن أعنتهم المولى

(مسئلة) قال (والولاء لا قرب عصبة المتق)

فأنت بولد للنون ستة أشهر فقد مسه الرق وعق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه وإن أمت به لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لأنه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العقد فلم يمس الرق ولم يحكم برقه بالشك وإن كانت المرأة بائناً وأمت بولد لأربع سنين من حين الفرفة لم يلحق بالأب كان من نكاح أو سفاح عرياً كان الزوج أو أعجباً وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر إن كان زوجها عرياً فولده حر وعليه قيمته ولا ولاء عليه . وعن أحمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور والشافعي في القديم ثم رجح عنه والاول أولى لان أهم أمة فكانوا عبداً كما لو كان أوم أعجباً .

(مسئله) (وإن أعتق الجذلم بحر ولاءم في أصح الروايتين وعنه بحر.)

قال احمد رحمه الله الجدل لا يجزى الولاء ليس هو كالأب وهذا قال أبو حنيفة وصاحبه وعن أحمد أنه يجزى وهذا قال شريح والشعبي والتخمي وأهل المدينة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعي في أحد أقواله فإن أعتق الأب بعد ذلك جره عن

والعقل على علي رواء سميد قال حدثنا أبو معاوية ثنا عبيدة الصبي عن إبراهيم وقال حدثنا هشيم ثنا الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالى صفية لزيد دون العباس وقضى عمر في موالى أم هانئ بنت أبي طالب لا يبيها جمدة بن هيرة دون علي، وروى الإمام أحمد بإسناده عن زياد بن أبي مريم أن امرأة اعتت بمداها ثم توفيت وترك ابنها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وإبنا رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام «ميراث لابن المرأة» فقال آخرها يا رسول الله لو جر جريرة كانت على وبكر ميراثه لهذا؟ قال نعم وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال «المولى أخ في الدين ومولى النعمة يرثه أولى الناس بالمعتق» إذا ثبت هذا فإن المنة إذا ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها ثم مات مولاها فميراث لابنها وإن ماتت ابنها بعدها وقبل مولاها وترك عصبة كعمامه وبنى عماته ثم مات العبد وترك أخا مولاه وعصبة ابنها فميراث لأخي مولاه لأنه أقرب عصبة للمعتق فإن المرأة أو كانت هي المنة أو رثها أخوها وعصبتها فإن انقرضت عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة أبيها يروى نحو هذا عن علي وبه قال إبان بن عثمان وقيصة بن ذؤيب وعطاء وطاوس وزهري وقتادة ومالك والشافعي وأهل العراق وروى عن علي رواية أخرى أنه لعصبة الابن وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يرث كما يرث المال وقد روي عن أحمد بن محمد هذا وأخذوا بأن مبرورين

موالي الجد إليه لأن الجد يقوم مقام الأب في التصيب وأحكام النسب كذلك في جر الولاء وقال زفر إن كان الأب حياً لم يجر الجد الولاء وإن كان ميتاً جره وهو القول الثاني لشافعي ولنا أن الأصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بنتق الأب والجد لا يساويه بدليل أنه لو عتق الأب بعد الجد جره عن مولى الجد إليه ولأنه لو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده ولأن الجد يدني بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالأخ وكونه يقوم مقام الأب لا يلزم أن ينجر إليه الولاء كالأخ، وإن قلنا أنه ينجر فلا فرق بين القريب والبعيد لأن البعيد يقوم مقام القريب ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه ثم إن عتق الأب جر الولاء لأن كل واحد يحجب من فوقه ويستقطب نصيبه وارثه وولايته، ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولأؤهم لمولى أمهم وعند من يقول بجر الجد الولاء يكون لمولى الجد فإن لم يكن الجد مولى بل كان حراً لأصل فلا ولا على ولدائه فإن أعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولا لأن الحرية ثبتت له من غير ولده فلم يتجدد عايه ولا كالحرة الأصل (فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولأؤهما لمولى أبيهما فإن تقاهما بالمان عاد ولاؤهما إلى مولى أمهما فإن مات أحدهما فميراثه لأمه ومواليها فإن أ كذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من مولى الأم، ولو كان أبوهما عبداً أو لم ينقها وورث موالى الأم الميراث منها ثم أعتق الأب

شعيب روى عن أبيه عن جده أن رثاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلات فماتت أمهم فوثنوا عنها ولأولادها وكان عمرو بن العاص غصبة بنيتها فأخرجهم إلى الشام فأتوا قدم عمرو بن العاص ومات مولاه وترك مالا فخاصمه اخوتها إلى عمر فقال قال رسول الله ﷺ ما أحرز الوالد والولد فهو لمصيبته من كان قال وكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر قال فنعن فيه إلى السامة رواه أبو دارود وابن ماجه في سننها، والصحيح الأول فإن الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل وإنما يورث به وهو باق للمعتق يورث به أقرب عصبائه ومن لم يكن من عصبائه لم يرث شيئاً وعصبات الابن غير عصبات أمه فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها وحديث عمرو بن شعيب غلط قال حميد الناس يغالطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المولى المعتق من أقارب معتقه إلا عصبائه الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرض ولا ذو رحم، فإن اجتمع لرجل منهم فرض ومصيب كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ورث بها فيه من المصيب ولم يرث بفرضه شيئاً وإن كان عصباء في درجة واحدة كالبنين وبنيهم والأخوة وبنيهم والأمهات وبنيهم انقسموا الميراث بينهم بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأول الشاذة والله أعلم

لم يجر الولاء إلى موالى الأب ولم يكن لهم ولا للأب استرجاع الميراث لأن الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الأب ويفارق الأب إذا أ كذب نفسه لأن النسب يثبت من حين خالف الولد .

﴿مسألة﴾ (وإن اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولاؤه وولاء اخوته ويبقى ولاؤه لمولى أمه لانه لا يجر ولأه نفسه)

وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في أهل المدينة ، وأبو حنيفة في أهل العراق والشافعي وشذ عمرو ابن دينار المدني فقال يجر ولأه نفسه فيصير جراً لولاء عليه، قال ابن شريم ويحتمله قول الشافعي ولا تمويل على هذا القول لشذوذ ولأنه يؤدي إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبيه دونة مع كونه مولوداً لها في حال رقها أو في حال ثبوت الولاء عليها وليس لنا مثل هذا في الأصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها وزوجها

﴿مسألة﴾ (وإن اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى البعد أباً معتقه فأعتقه فانه يجر ولأه سيده) فيكون لهذا الولد على مستقه الولاء باعتاقه إياه وللمعتق ولأه معتقه بولائه على أبيه فصار كل واحد منها مولى الآخر، مثل ذلك لو اعتق الحرابي عبداً فأسلم ثم أسر سيده فأعتقه صار كل واحد منها مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء فانه كما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه كذلك الولاء

(فصل) (وإن تزوج ولد المعتقة معتقة وأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا مات المعتق وخلف ابنا معتقه وابن معتقه فلا أب معتقه السادس وما بقي فلا بن)

نص أحد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والأخ والابن من الكبر في شيء يميزهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والصبري وإسحاق وأبي يوسف وبروي عن زيد أن للابن ولله قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقادة وحامد والزهرري ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء لأن الابن أقرب العصبة والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال ولنا أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالأخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه وإنما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء. ولذلك يقدم لاب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرها وحكم الاب مع ابن الابن وإن سفل حكم أبجد وإن على مع الابن وابنه سواء

﴿مسئلة﴾ قال (وإن خلف أخا معتقه وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين)

وبهذا قال عطاء والليث وبجيبى الانصاري ومال إليه الاوزاعي وهو قول الشافعي وقول الثوري

ولاء أبيه وسائر أولاد جده ومعمومه وعماته وولاء جميع معتقهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أم أبيه وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لا ولاء عليه (فصل) وإن تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولداً فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولداً فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لأن له الولاء على أبيه فكان له عليه كما لو كان مولى جده، ولأن الولاء الثابت على الاب ينتمى ثبوت الولاء لمولى الام (والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لأن الولاء الثابت على أبيه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولأبيه مولى كان مولاه أحق به من موالي أبيه فإن كان له مولى أم ومولى أم اب ومولى أم جد وجد أبيه مملوك فعلى الوجه الاول يكون لمولى أم الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام.

(فصل) ولو تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتاً وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابناً فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لأن له الولاء على أبيه وإن تزوجت بنت المعتقين بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لأن ولدها له، فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الاول لأن مولى أم أبي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدماً على أمها وثبت له الولاء عليها

وأبي يوسف ومحمد والقدین نزلوا الجدة أبا جعلوا الجد أولى وورثوه وحده وروى عن زيد أن للمال للأخ وهو قول مالك والشافعي لأن الأخ ابن الأب والجد أبوه والابن أحق من الأب ولنا أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كلاخوين وإن ترك جده ولواءه وابني أخيه مولاه فاللأل جده في قولهم جميعاً إلا مالك جعل الميراث لابن الأخ وإن سفل ، وقاله الشافعي أيضاً لأن ابن الابن وإن سفل يقدم على الأب وليس هذا بصواب فإن ابن الأخ محبوب عن الميراث بالجد فكيف يقدم عليه ولأن الجد أولى بالمعق من ابن الأخ فيرث مولاه لقول النبي ﷺ «المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أحق الناس بالمعق» والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الأخ فيكون أولى لقول النبي ﷺ «ألقوا الفرائض بأهلها وما أثبتت الفروض فلأولى رجل ذكر» وفي لفظ «لأولى عصبه ذكر» ولأن الجد أب فيقدم على ابن الأخ كالأب الحقيقى ولأنه يقدم في ميراث المال فقدم في الميراث بالولاء كسائر العصباء

(فصل) إن اجتمع أخوة وجد فيميراث المولى بينهم كالسيد ، وإن اجتمع أخوة من أبوين وأخوة من أب عاد الأخوة من الأبوين الجد بالأخوة من الأب ثم ما حصل لهم أخذه وقد لا يوين ، وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عددم ولا يعاد وقد لا يوين الجد بولد الأب ولنا أنه ميراث من الجد والأخوة فأشبه الميراث بالنسب ، فإن كان مع الأخوة أخوات لم

(مسئلة) وإذا مات امرأة وخلفت ابناً وعصبته ومولاه فولأوها لابنها وعقله على عصبته لما روى إبراهيم قال اختصم علي والزبير في مولى صفة فقال علي مولى عمي وأنا أعقله وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى على علي بالعقل ذكره الإمام أحمد ورواه سعيد في سننه وهي قصة مشهورة وعن الشعبي قال قضى بولاء صفة للزبير دون العباس وقضى بولاء أم هانئ لجمدة بن هيرة دون علي ، ولا يتم كون العقل على العصبه والميراث للزبير كما قضى النبي ﷺ في ميراث التي قتلت هي وجنيها لابنها وعقلها على العصبه وقد روى زياد بن أبي مريم أن امرأة اعتقت عبداً ثم توفيت وترك ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاهما من بعدها فأثنى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام «ميراث لابن المرأة» فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا قال «نعم» وإنما ذكرنا هذا الحكم فيما إذا كانت المعتقة امرأة لأن المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا يعقل عن معتقها ويعقل عنها عصباتها من عشيرتها ولأن الأخبار التي رويها أنا وردت في المرأة . أما الرجل المعتق فإنه يعقل عنه معتقه لأنه عصبه من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لأنهما من عصبته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة

(فصل) فإن كان المولى حياً وهو رجل مائل موسر فعليه من العقل وله الميراث لأنه عصبه معتقه

يعتد بهن لانهم لا يبرهن منفردات فلا يعتد بهن كالاخوة من الام ، وإن انفرد الاخوة من الاب مع الجدة فحكمهم حكم الاخوة من الابوين

(فصل) وان ترك جد مولاة وعم مولاة فهو الجدة وكذلك ان ترك جد أبي مولاة وبه يقول الثوري والاوزاعي وأهل العراق ، وقال الشافعي هو لعم وبنيه وان سفلوا دون جد الاب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والاخ سواء فجاء الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم ولنا قول النبي ﷺ يرثه أولى الناس بالمعنى والجد أولى بالمعنى بدليل أنه أولى الناس به وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك ، والعجب أن الشافعي رحمه الله عليه نزل الجدة أبا في ولاية المال وولاية الاجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الاتفاق عليه وله وعقته على ابن ابنه وعقته ابن ابنه عليه وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الاب ثم جعل أبعد العصابات أولى منه بالولاء.

(مسألة) قال (واذا هلك رجل عن ابنتين ومولى فمات احد الابنتين بعده عن ابن ثم مات المولى فالولاء لابن معتقه لان الولاء للكبر ، ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى وخلف احدهما ابنا والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشرة) هذا قول أكثر أهل العلم قال الامام أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود ،

وإن كان صبياً أو متوهماً فالعقل على عصبائه والميراث له لانه ليس من أهل العقل فأشبه ما لو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصبائهم ولو جنى عليهم كان الارش لهم (فصل) ولا يرث المولى من أسفل معتقه في قول عامة أهل العلم وحكي عن شريم وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوشجة عن ابن عباس أن رجلاً توفي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس له وارث الا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى عن عمر مثل هذا ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنا الولاء لمن أعتق » ولأنه لم يتم عليه فلم يرثه كالأجنبي وأعطاه النبي ﷺ له ميراثه قضية في حين فتمثل أنه كان وارثاً بغير جهة الاتحاق ، ويكون قاعدة الحديث أن اعتاقه إياه لم يمنه ميراثه ويحتمل أنه أعطاه صفة متصلاً وإذا ثبت أنه لا يرثه فلا يقتل عنه وقال الشافعي في القديم يقتل عنه لان سيده أنعم عليه فجاز أن يفرم عنه

ولنا أن العقل على العصابات وليس هو منهم وما ذكروه لا أصل له وينعكس بسائر المأثلة فإنه لم يتم عليهم ويقتلون عنه ويتنقض بما إذا قضى السان دين آخر فقد فرم عنه وأنعم عليه ولا يقتل عنه

(١) في نسخة
لشيط

وروي سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمر وعليا وابن مسعود وزيدا كانوا يجعلون الولاء للكبير ، وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البصري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري وبتادة وابن قسيط^(١) ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاء للكبير وتفسيره أنه يرث المولى المعتق من عصبية سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت السيد . قال ابن سيرين إذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلا الذي أعتقه فيجعل ميراثه له ، وإذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولاء إلى عصبته لأن الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يرث وإنما يرث به فهو باق للمعتق أبداً لا يزول عنه بدليل قوله عليه السلام «أما الولاء لمن أعتق» وقوله «الولاء للحمة كالحمية النسب» وإنما يرث عصبية السيد مال مولاه بولاء معتقه لأنفس الولاء ، ويتضح معنى هذا القول بمسئلتي الحرفي الاثنين ذكرناهما ههنا وهما إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لأن ابن ابن المعتق أقرب عصبية سيده ، ولومات السيد وخلف ابنه وابن ابنه لكان ميراثه لابنه دون ابن ابنه فكذلك إذا مات المولى ، والمسئلة الأخرى إذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما بآرث الآخر فمات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشرة لأن السيد لومات كان ميراثه بينهم كذلك فكذلك ميراث مولاه ، ولو كان الولاء دورياً لنعكس الحكم في المسئلتين وكان الميراث في المسئلة الأولى بين الابن وابن الابن كأن الابن ورث المولى عن أبيهما ماصار للابن الذي مات انتقل إلى ابنه فصار ميراث الولي بينه وبين عمه نصفين ، وفي المسئلة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ولبن الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وشذ شرح فقال الولاء بمنزلة المال يرث عن المعتق فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته وقد حكى عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب نحو هذا . وروي عن حنبل ومحمد بن الحكم

(فصل في دور الولاء) قال الشيخ رضي الله عنه (إذا اشترى ابن وبنت أباهما عتق عليهما

وصار ولاؤه بينهما نصفين وجركل واحد نصف ولاه صاحبه ويبقى نصفه لمولى أمه)
فإن مات الأب ورثاه أثلاثاً فإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب ثم إذا مات أخوها فميراثه لمواليه وهم أخته وموالي أمه فلموالي أمه النصف والنصف الآخر لموالي الأخت وهم أخوها وموالي أمها فلموالي الأم نصف ذلك وهو الربع ويبقى الربع وهو الجزء الدائر لانه خرج من الأخ وماد إليه فقيه وجهان (أحدهما) أنه لموالي الأم لأن مقتضى كونه دائراً أن يدور أبداً وفي كل دورة يصير لموالي الأم نصفه ، ولا يزال كذلك حتى يفقد وهو قول الجمهور (والثاني) يجعل في بيت المال قال القاضي لانه مال لا مستحق له نفعه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي والأول أولى إن شاء الله تعالى .

عن أحمد نحوه، وغلطها أبو بكر في روايتهما فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل قول الجهور . قال أبو الحارث سألت أبا عبد الله عن الولاء فكبر فقال كذا روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود أنهم قالوا الولاء فكبر، إلى هذا القول أذهب، وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبداً ثم يموت ويخلف ابين فيموت أحد الابين ويخلف ابنا فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق وليس لابن الابن شي. مع الابن وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرناه والقياس على المال

ولنا قول النبي ﷺ « المولى أخ في الدين وولي نعمة وأولى الناس به أقربهم من المعتق » وقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحة كاحمة النسب » ولأنه من أسباب التوارث فلم يورث كالفرابة والتكاح ، ولأنه إجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته ، وحديث عمرو بن شعيب قد غلطه العلماء فيه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاية الشعبي والائمة عن حمز ومن ذكرنا قولهم، ولا يصح اعتبار الولاء بالمال لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض وإنما يورث به فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصبته يوم موت العبد والمعتق فيكون هو الوارث المولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وجده فاذا خلف ابن مولا وابن ابن مولا فماله لابن مولا ، وإن خلف ابن ابن مولا وتسعة بني ابن آخر لمولا فماله بينهم على عددهم لكل واحد عشره لأنهم يرثون جدم كذلك ، ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه فمات ابنه بعده عن ابن ثم مات عتيقه فميراثه بين ابني الابن نصفين ، وفي قول شريح هو لابن الابن الذي كان حيا عند موت ابنه ، وإن مات السيد عن أخ من أب وابن أخ من أبوين فمات الاخ من الاب عن ابن ثم مات العتيق فماله لابن الأخ من الابوين وفي قول شريح هو لابن الاخ من الاب وإن لم يخلف عصبته من نسب مولا فماله لمولى مولا ثم لأقرب عصبته ثم لمولى مولا فإذا انقرض عصبته وموالي الموالي وعصبته فماله لبيت المال

(مسئلة) قال (ومن اعتق عبدا فولأؤه لابنه وعقله على عصبته)

هذه المسئلة محمولة على أن المعتق لم يخلف عصبته من نسبه ولا وارثا منهم إذ لو خلف وارثا من

(فصل) فإن كانت المسئلة بمالها إلا أن مكاتب الابن بنت فاشتريت أباها عتق عليها وجر إليها ولأولادها أخها فإذا مات الاب فلا بنته الثلثان بالنسب والباقي لمسته بالولاء فإن مات التي لم تستر بعد ذلك فمالها لأختها نصفه بالنسب ونصفه بأنها مولاة أبيها، ولو مات التي اشتريته فلا أخها النصف والباقي لموالي أمها فإن اشترت البنتان أباها نصفين عتق عليهما وجر إلى كل واحدة نصف ولأولادها أخها فإذا مات الاب فماله بين بنتيه بالنسب والولاء فإن مات أحدهما بعد ذلك فلا أخها النصف بالنسب ونصف الباقي بما جر إلى الابن من ولاد نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها ، فإن كانت أحداها

نسبه أو عصيته كانوا أحق بميراثه وعقله من عصباته مولاة وولده فليس في ذلك إشكال ، وإذا لم يخلف الابن مولاة وعصبة مولاة فإنه لا ابن مولاة لأنه أقرب عصباته المعتق ، وعقله أن جنى جنابة على عصبته مولاة إن كان المعتق امرأة لما روى إبراهيم قال : اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي مولى عمتي وأنا أعقل عنه ، وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر الزبير بالميراث وقضى علي بالعقل . ذكر هذا الامام أحمد ورواه سعيد في السنن وغيره وهي قضية مشهورة ، وعن الشعبي قال قضى بولاء صفية للزبير دون العباس وقضى بولاء أم هانئ بلعدة بن هبيرة دون علي ، ولا يتمتع كون العقل على العصبية والميراث لغيره كما قضى النبي ﷺ بميراث التي قتلت هي وجنينها ابنها وعقلها على العصبية . وقال روى زياد بن أبي مرجم أن امرأة اعتقت عبدا لها ثم توفيت وترك ابنها لها وأخاها ثم توفي مولاهما من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام « ميراثه لابن المرأة » فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا قال نعم ، وإنما هللنا مسئلة الخرق على ما إذا كان للمعتق امرأة لأن الاخبار التي رويناها إنما وردت فيها ولأن المرأة لا تنقل وابنها ليس من عشيرتها فلا تعقل عن معتقها وعقل عنها عصباتها من عشيرتها ، أما الرجل المعتق فإنه يعقل عن معتقه لأنه عصبته من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لأنهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة والله أعلم

(فصل) فإن كان المولى حيا وهو رجل عاقل مومر فعليه من العقل وله الميراث لأنه عصبته معتقه ، وإن كان صبيا أو امرأة أو معتوقا فالعقل على عصباته والميراث له لأنه ليس من أهل العقل فأشبهه ما لو جنوا جنابة خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جنى عليهم كان الارش لهم

(فصل) ولا يرث المولى من أسفل ^(١) معتقه في قول عامة أهل العلم وحكي عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلا توفي على عهد رسول الله ﷺ وليس له وارث الاغلام له هو اعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه قال الترمذي هذا حديث حسن وروى عن عمر بن الخطاب هذا

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » ولأنه لم ينم عليه فلم يرثه كالأجنبي وأعطاه النبي

مات قبل أبيها فأهلها له ثم إذا مات الاب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لأنها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى الام الميتة الثمن فإن ماتت البنت الباقية بعدها فأهلها لمواليها نصفه لموالي أسما ونصفه لموالي أختها الميتة وهم أختها ومولى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لأنه خرج من هذه الميتة ثم دار إليها فقيه الوجان اللذان ذكرناهما وهاتان المسئلان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سواءها وهذا أصح ما قيل فيها إن شاء الله تعالى

(١) في نسخة من أصل معتقه

وَيَحْتَمِلُ لَهُ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَارِثًا بِجَهَةِ غَيْرِ الْإِعْتِقِ وَتَكُونُ قَائِدَةُ الْحَدِيثِ أَنْ اعْتَقَهُ لَهُ لَمْ يَنْعَمْ مِيرَاثُهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْهُ أَعْطَاهُ وَصْلَةً وَتَفْضُلًا إِذَا ثَبِتَ أَنَّهُ لَا يَرِثُهُ فَلَا يَعْقِلُ عَنْهُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ يَعْقِلُ عَنْهُ لِأَنَّهُ صَبَدَهُ أَنْعَمَ عَلَيْهِ فَجَازَ أَنْ يَفْرَمَ عَنْهُ

وَلَنَا أَنَّ الْعَقْلَ عَلَى الْعَصَبَاتِ وَلَيْسَ هَذَا مِنْهُمْ وَمَا ذَكَرَهُ لِأَصْلِهِ وَيَنْعَكُسُ كَسَائِرِ الْعَاقِلَةِ فَإِنَّهُ لَمْ يَنْعَمْ عَلَيْهِ وَيَعْقِلُونَ عَنْهُ وَيَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا قَضَى إِنْسَانٌ دِينَ آخَرَ فَقَدْ غَرِمَ عَنْهُ وَلَا يَعْقِلُ

(فصل) فَإِنْ أَسْلَمَ الرَّجُلُ عَلَى يَدَيِ الرَّجُلِ لَمْ يَرِثْهُ بِذَلِكَ فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْهُمْ الْحَسَنُ وَالشَّافِعِيُّ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحَدِ رَحِمَهُ اللَّهُ رَوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ يَرِثُهُ وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ وَحَكِيٍّ عَنْ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ لَهُ وَلَاؤُهُ وَيَعْقِلُ عَنْهُ وَعَنْ ابْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّ عَقْلَ عَنْهُ وَرِثُهُ وَإِنْ لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ لَمْ يَرِثْهُ وَعَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ يَرِثُهُ وَإِنْ لَمْ يُوَالِهِ لَمَّا رَوَى رَاشِدُ بْنُ سَعْدٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ رَجُلٌ فَهُوَ مَوْلَاةٌ يَرِثُهُ وَيَدِي عَنْهُ» رَوَاهُ سَعِيدٌ وَقَالَ أَيْضًا حَدَّثَنَا عِيسَى بْنُ يُونُسَ ثَنَا مُعَاوِيَةُ بْنُ يَحْيَى الصَّدْفِيُّ عَنْ الْقَاسِمِ السَّامِيِّ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ رَجُلٌ فَلَهُ وَلَاؤُهُ» وَرَوَى بِإِسْنَادِهِ عَنْ نَعِيمِ الدَّارِيِّ أَنَّهُ قَالَ يَلْزَمُ رَسُولُ اللَّهِ مَا لَمْ يَلْزَمْ فِي الرَّجُلِ يَسْلَمُ عَلَى يَدَيْهِ الرَّجُلُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَقَالَ «هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ» رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَقَالَ لَا أَظُنُّهُ مُتَّصِلًا

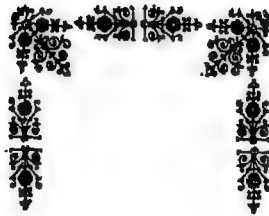
وَلَنَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وَلِأَنَّ أَسْبَابَ التَّوَارِثِ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِيهِ وَحَدِيثُ رَاشِدٍ مُرْسَلٌ وَحَدِيثُ مُعَاوِيَةَ فِيهِ أُمَامَةُ بْنُ يَحْيَى الصَّدْفِيُّ وَهُوَ ضَعِيفٌ وَحَدِيثُ نَعِيمِ التِّرْمِذِيُّ فِيهِ (فصل) وَإِنْ عَانَدَ رَجُلٌ رَجُلًا فَقَالَ عَاقِدَتُكَ عَلَيَّ أَنْ تَرْتَفِيَ وَأَرِثُكَ وَتَعْقِلَ عَنِّي وَاعْتَقَلَ عَنْكَ فَلَا حَكْمَ لِهَذَا الْعَقْدِ وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ارْثٌ وَلَا عَقْلٌ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ الْحَكَمُ وَحَمَادٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ هُوَ عَقْدٌ صَحِيحٌ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ مَا لَمْ يَعْقِلْ وَاحِدٌ عَنِ الْآخَرِ فَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ لَزِمَ وَيَرِثُهُ إِذَا لَمْ يَخْلَفْ ذَا رَحِمٍ أَمَّا تَعَالَى (وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانَكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصِيحُهُمْ) وَلِأَنَّ هَذَا كَالْوَصِيَّةِ وَوَصِيَّةُ الْقَدِيِّ لَا وَارِثَ لَهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ جَائِزَةٌ .

فَإِنْ اشْتَرَتْ الْإِبْنَتَانِ أَبَاهُمَا ثُمَّ اشْتَرَى أَبُوهُمَا هُوَ وَالْكَبْرَى جَدَّهُمَا ثُمَّ مَاتَ الْآبُ فَإِنَّهُ يَنْتَسِبُ إِلَهُمَا ثُمَّ إِذَا مَاتَ الْجَدُّ وَخَلَفَ ابْنَتِي ابْنَهُ فَلَهُمَا الثَّلَاثَانُ وَالْكَبْرَى نِصْفُ الْبَاقِي لِكُونِهَا مَوْلَاةٌ لِنِصْفِ بَيْتِ السُّدُسِ لِأَنَّ الْآبَ لِأَنَّهُ مَوْلَى نِصْفِ الْجَدِّ وَهُمَا ابْنَتَاهُ فَيَحْصُلُ لِلْكَبْرَى ثُلُثُ الْمَالِ وَرُبْعُهُ لِلصَّغِيرَى وَرُبْعُهُ وَسُدُسُهُ فَإِنْ كَانَتْ بِمَا لَهَا فَاشْتَرَتْ الْكَبْرَى وَأَبُوهُمَا أَخَاهُمَا لَا يَبْهَمُ فَالْجَوَابُ فِيهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا

(فصل) فَإِنْ اشْتَرَى ثَلَاثَ بَنَاتٍ أُمَاهُنَّ مَعْتَقَاتٍ أَبَاهُنَّ ثَلَاثًا عَتَقَ عَلَيْهِنَّ وَجَرَّ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ ثُلُثَ وَلَاءِ أَخْتِهَا فَإِنْ مَاتَ الْآبُ كَانَ مَالُهُ بَيْنَهُنَّ ثَلَاثًا بِالنِّسْبِ وَالْوَلَاءِ فَإِنْ مَاتَتْ أَحَدَاهُنَّ بَعْدَهُ كَانَ لِأَخْتِهَا الثَّلَاثَانُ بِالنِّسْبِ وَثُلُثًا مَا بَقِيَ بِالْوَلَاءِ وَالْبَاقِي لِمَوَالِي أُمَاهُ وَتَصَخَّرَ مِنْ تِسْعَةٍ وَلَوْ مَاتَتْ أَحَدَاهُنَّ ثُمَّ مَاتَ

ولنا قول النبي ﷺ : « إنما الولاء لمن أعتق » ولان أسباب التوارث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس هذا منها والآية منسوخة بآية الميراث ولذلك لا يرث مع ذي رحم شيئا قال الحسن نسختها (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقال مجاهد قاتلهم نصيبهم من الغل والنصرة والرقادة وليس هذا بوصلة لان الوصي لا يرث فله الرجوع وهذا عندم بخلافه
 (فصل) والقبط حر لا ولاء عليه في قول الجمهور وقهاء الأمصار ، وروى عن عمر أن ولاءه لما تنطه وبه قال أبايث واسحاق وعن إبراهيم ان نوي أن يرث منه فذلك وقد روي عن النبي ﷺ « المرأة تحوز ثلاثة ، وارث لغيرها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه »
 ولنا قول النبي ﷺ : « إنما الولاء لمن أعتق » ولانه ليس بقرابة ولا عتيق ولا ذى نكاح فلا يرث كالأجنبي والحديث فيه كلام :

الاب قسم ماله على سبعة وعشرين لما التثان بالنسب وثلثا ما بقي بالولاء ويبقى التسع وهو حصة الميثة فلها ثلثا لان لها ثلثي ولانها ولواي أمها السدس والسدس الباقي للميثة قبلها لان لها ثلث ولانها أيضا فيكون هذا السدس بين مولى أم الميثة الاولى والأختين على ثلاثة فاضرب ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر لموالي أم الميثة الاولى ثلاثة سهم للحية وسهم لموالي أمها وسهم يعود الى الميثة الثانية لان لها ثلث ولانها فهذا هو السهم الدائر لانه خرج من الثانية الى الاولى ثم رجع اليها



كتاب الودیعة

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (ان الله يأمرکم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان آمن بضمکم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله ﷺ « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » وروي عنه عليه السلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردها على أهلها ، وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الایداع والاستيداع والمبرة بتنضيتها فان بالناس اليها حاجة فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون الى من يحفظ لهم ، والودیعة فعيلة من يدع الشيء اذا تركه أي هي متروكة عند المودع ، واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة ، وقبل هي مشتقة من الخفض والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الامانة لان فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونة ، وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها لقوله تعالى (ان الله يأمرکم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) فان أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبوله لان المستودع متبرع بامساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل

(مسألة) قال (وليس على مودع ضمان اذا لم يتعد)

وجعلك ان الودیعة أمانة فاذا تلفت بغير تقريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب . هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى : إن ذهبت الودیعة من بين ماله فزمها لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله ، قال القاضي والاولى أصبح لان الله

(باب الودیعة)

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (ان الله يأمرکم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان آمن بضمکم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردها على أهلها ، وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الایداع والاستيداع والمبرة بتنضيتها لحاجة الناس اليها فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم

فعلى سماها أمانة والضمان ينافي الأمانة ، ويروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « ليس على المستودع ضمان » ويروى عن الصحابة الذين ذكرناهم ولأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعديه وتفريطه كالقسي ذهب مع ماله ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا ينافي ما ذكرنا ، فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط في حفظها فتألفت ضمن بغير خلاف فعله لأنه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استئذان (فصل) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة قبله أو قال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع إذا قال أنا ضامن لها فسرقت فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الأمانة كالاضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه

﴿مسألة﴾ قال (فإن خلطها بماله وهي لا تتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله أو أودعها غيره فهو ضامن)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل (إحداهن) أن المستودع إذا خلط الوديعة بما لم يتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدرام أو دهنًا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن القاسم إن خلط دراهم بدرام على وجه الحرز لم يضمن ، وحكي عن مالك لا يضمن إلا أن يكون دونها لأنه لا يمكنه ردها إلا ناقصة

ولنا أنه خلطها بماله خلطًا لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه أمكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر ، وإن أمره صاحبها

ويحتاجون إلى من يحفظها لهم والوديعة فعيلة من ودع الشيء إذا تركه أي هي متروكة عند المودع واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة وقيل هي مشتقة من الحفظ والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاوته وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها للآية وإن ردها المستودع على صاحبها لزمه القبول لأن المستودع متبرع بما سلكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل (مسألة) (وهي أمانة لا ضمان عليه فيها إلا أن يتعدى وإن تلفت من بين ماله لم يضمن في أصح الروايتين) بجملة ذلك أن الوديعة أمانة إذا تلفت من غير تعد ولا تفريط من المودع فليس عليه (المغني والشرح الكبير) (٣٦) (الجزء السابع)

بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لأنه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه ، وقد نقل منها عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخلطها بخلطها فضاعت الدراهم فلا شيء عليه فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى ، وإن اختلطت هي بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لأنها لو تلفت بذلك لم يضمن بخلطها أولى وإن خلطها غيره فالضمان على من خلطها لأن العدوان منه فالضمان عليه كما لو أتلفها

(المسئلة الثانية) إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو أن يحرزها بحرر مثلها فإنه يضمنها وحرر مثلها يذكر في باب القطم في السرقة وهذا إذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه فإن عين له لزمه حفظها فيما أمره به سواء كان حرر مثلها أو لم يكن ، وإن أحرزها بماله أو أعلى منه لم يضمنها ، ويتخرج أن يضمنها إذا فعل ذلك من غير حاجة

(المسئلة الثالثة) إذا أودعها غيره ولها صورتان [إحداهما] أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب وهو قول شريح ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وإسحاق ، وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لأن عليه حفظها وأحرارها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ولأنه يحفظ ماله بإبداء ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرره

ولأنه خالف المودع فضمنها كلو يها عن إبداءها وهذا صحيح فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره ، فإذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس الأول الرجوع على الثاني لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين له لا ضمان عليه ، وإن أحب المالك تضمين الثاني فذكر القاضي أنه ليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد لأنه ذكر الضمان على الأول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه قبض قبضاً موجباً للضمان على الأول فلم يوجب ضماناً آخر وفارق القبض من التامص فإنه لم يوجب الضمان على القاصب إنما لزمه الضمان بالنصب ، ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضاً لأنه قبض بماله غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالتأبض من القاصب ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر أحمد الضمان على الأول لا يفي الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم القاصب

ضمان سواء ذهب بمعاشيه من مال المودع أو لم يذهب هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والتخمي ومالك وأبو الزناد والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أن ذهبت الوديعة من بين ماله ضمنها لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن ألس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله قال القاضي والأول أصح لأن الله تعالى سبها أمانة والضمان ينافي الأمانة وروى الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس على المودع ضمان » ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرئاً من غير تقع يرجع إليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من الاستيداع وذلك مضر لما يبناه من الحاجة إليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من النس في حفظها فلا ينافي ما ذكرناه فإن تعدى المودع فيها

ولا ينبغي وجوبه على القابض منه فعلي هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وإن ضمن الثاني يرجع على الاول وهذا القول أشبه بالصواب وما ذكرنا لقول الاول لأصل له ثم هو متقضى بما إذا دفع الوديعة إلى انسان عارية ، أو هبة ، أو ودیعة لنفسه ، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله كأمراته وغلامه لم يضمن نص عليه احمد ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو سلمها إلى أجنبي ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله فأشبهه ماله وحفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية إلى الراعي أو دفع البهيمة إلى غلامه ليستقبحا ويفارق الأجنبي فان دفعها إليه لا يعد حفظاً منه

(الصورة الثانية) إذا كان له عذر مثل أن أراد سفرأ أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجز له دفعها إلى غيره قالت فعل ضمنها لانه دفعها إلى غير مالسكها بغير إذن منه من غير عذر فضمنها كما لو أودعها في الصورة الاولى وان لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الخاك سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن لانه متبرع بما سكا فلا يلزمه استعادته ، والخاك يتوم مقام صاحبها عند قبضته ، وان أودعها مع قدرته على الخاك ضمنها لان غير الخاك لا ولاية له وبمحتمل أن يجوز له ايداعها لانه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها وان لم يقدر على الخاك فأودعها ثقة لم يضمنها لانه وضع حاجة . وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة أو مع قدرته على الخاك وان دفعها في موضع وأعلم بها ثقة يرد على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده وان لم يعلم بها أحدا ضمنها لانه فرط في حفظها فانه لا يأمن أن يموت في سفره فلا تصل إلى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع وان أعلم بها غير ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وان أعلم بها ثقة لا يدل على المسكان فقد فرط لانه لم يردعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

أو فرط في حفظها ضمنها بغير خلاف علناه لانه متلف لما لا غيره فضمنه كما لو آتلفه من غير استيداع (فصل) فان شرط المودع على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع إذا قال أنا ضامن فسقط فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الأمانة كالضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبه قال الثوري وأصحابه وأسحاق وابن المنذر وذلك لانه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالك

(مسئلة) (ويلزمه حفظها في حرز مثلها)

إذا أودع وديعة ولم يعين المودع له موضعا لها فان المودع يلزمه حفظها في حرز مثلها كما يحفظ ماله وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة فان لم يحفظها في حرز مثلها ضمنها لانه فرط فيها فان وضعا

(فصل) وان أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لانه يخالف لصاحبها وان لم يكن نهاه لسكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر اليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها وان لم يكن كذلك فله السفر بها

نص عليه أحد سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لانه يسافر بها من غير ضرورة أشبه ما لو كان السفر مخوفاً .

ولنا أنه نقلها الى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد ولانه سافر بها سفراً غير مخوف أشبه ما لو لم يجد أحداً يتركها عنده ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكم أو نائبه بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان لانه ينفوت على صاحبها امكان استرجاعها ويخطر بها فان النبي ﷺ قال : « ان المسافر وماله لم يلق الا ما وقي الله » أي على هلاك ولا يلزم من الاذن في امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا ينفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فاما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه وضع حاجته فيخذر فعل ما فيه الخطر

(فصل) وان حضره الموت فتحكه حكم السفر على ما مضى من أحكامه الا في أخذها معه لان كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده .

(مسئله) قال (وان كانت غلة تخلطها في صحاح او صحاحا تخلطها في غلة فلا ضمان عليه)

يعني بالغلة المكسرة اذا خلطها بصحاح من ماله أو خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمنها لانها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق وفيه أكياس له . وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه اختلافاً ، وكذلك الحكم اذا خلط دراهم بدنانير ، وببعضها بسود ، وقد حكى عن احمد فيمن خلط دراهم ببعضها بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكذب منها سواداً أو يتغير لونها فتتقص قيمتها فان لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه والله تعالى أعلم

في حرز مثلها ثم نقلها عنه الى حرز مثلها لم يضمنها سواء نقلها الى مثل الاول او دونه لان صاحبها رد حفظها الى رأيه واجتهاده واذن له في احرارها بما شاء من احرار مثلها ولهذا لو تركها في التالي او لا لم يضمنها فكذلك اذا نقلها اليه ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لانه ليس بمودع إنما هو وكيل في حفظها وليس له اخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها الا ان يخاف عليها فعليه اخراجها لانه مأمور بحفظها وقد تعين حفظها في اخراجها ويعلم ان صاحبها لو حضر في هذه الحال اخراجها ولانه مأمور بحفظها على صفة فاذا تعذر الصفة لزمه حفظها بدونها كما المستودع اذا خاف عليها

(مسئلة) قال ولو أمره أن يحطها في منزل فأخرجها من المنزل لنشيان نار أو سيل أو شيء الغالب منه البوار فلا ضمان عليه

وجلة ذلك أن رب الودعة إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظ فيه ولم ينحس عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه يمثل لأمره غير مفروط في ماله وإن خاف عليها سيلاً وتوىء بني هلاكاً، فأخرجها منه إلى حرزها فتلفت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضاً لأن قتلها في هذه الحال يمين حفظها وهو مأمور بحفظها وإن تركها مع الخوف فتلفت ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره لأنه فرط في حفظها لأن حفظها قتلها وتركها تضيق لها وإن لم ينحس عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه ضمنها لأنه خالفه في الحفظ المأمور به وإن قتلها إلى دونه عند الخوف عليها نظرنا فإن أمكنه أحرازها مثله أو أعلى منه ضمنها أيضاً لتزيطه وإن لم يكن أحرازها إلا بما دونه لم يضمنها لأن أحرازها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواء وإن قتلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضي لا يضمنها وهو مذهب الشافعي لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن أكرى أرضاً لزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلاً في الضرر ويحتمل كلام الحرقي لزوم الضمان لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل وإن قتلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ماله فأخرجها إلى مثله فإن نهى عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينه عن إخراجها منه إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت ففيه وجهان أحدهما يضمن لما ذكرنا في التي قبلها والثاني لا يضمن لأنه ممثل لقول صاحبها وفي أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وقال أبو حنيفة إن نهى عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لأن البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر فأشبه ماله نقلها من زاوية إلى زاوية وإن قتلها من دار إلى دار أخرى ضمن

(مسئلة) (وإن عين صاحبها حرزاً فجعلها في دونه ضمن)

وجلة ذلك أن المودع إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظها فيه ولم ينحس عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه ممثل غير مفروط وإن أحرزها في دونه ضمن لأنه مخالف ولأن صاحبها لم يرضه

(مسئلة) (وإن أحرزها في مثله أو فوقه لم يضمن) وكذلك إن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير حاجة هذا قول القاضي وهو مذهب الشافعي لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن أكرى أرضاً لزرع الحنطة فله زرعها وزرع مثلاً في الضرر ولأن من رضي حرزاً رضي مثله أو فوقه وقيل يضمن ويحتمل كلام الحرقي لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل وإن نقلها إلى أحرز منه فهو كما لو نقلها إلى مثله وإن فعله لحاجة لم يضمن لما نذكره

ولأنه خاف أمر صاحبها بالامسححة فيه فیضمن كما لو قلها من دار إلى دار وأیس مافرق به صحیبا لان ثبوت الدار یختلف فنها ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى وضع الوقود أو إلى الانهدام أو أسهل فتحا أو باب أسهل كسرا أو أضعف حائطا أو أهمل تقيا أو لكون المالك یسكن به أو یسكن فی غیره وأشیاء هذا مما یؤثر فی الحفظ أو فی عدله فلا یجوز تفویت غرض رب الودیعة من تعینته من غیر ضرورة ، وإن خاف علیها فی وضعها فعليه نقلها فان تركها فتلفت ضمنها لان انهي صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظها وحفظها ههنا فی إخراجها أشبه ما لو لم یبینه عن إخراجها فان قال لا تخرجها وإن خفت علیها فخرجها من غیر خوف ضمنها وإن أخرجها عند خوفه علیها أو تركها فتلفت لم یضمنها لان نهیه مع خوف المالك نص فيه وتصريح به فیکون ما ذونا فی تركها فی تلك الحال فلا یضمنها لامثاله أمر صاحبها كما لو قال له اتلفها فأتلفها ولا یضمن إذا أخرجها لانه زیادة خیر وحفظ لم یضمن به كما لو قال له اتلفها فلم یلتفها حتی تلفت

(فصل) وإن أودعه ودیعة ولم یبین له موضع إخراجها فان المودع یحفظها فی حرز ، مثلها أي وضع شاء فان وضعها فی حرز ثم نقلها عنه إلى حرز ، مثلها أم یضمنها سواء نقلها إلى مثل الاول أو دونه لان ربها رد حفظها إلى رأیه واجتهاده وأذن له فی إخراجها بما شاء من إحرار ، مثلها ولهذا لو تركها فی هذا الثاني أولا لم یضمنها فكذلك إذا نقلها الیه ، ولو كانت العین فی بیت صاحبها فقال لرجل احفظها فی وضعها فنقلها عنه من غیر خوف ضمنها لانه ایس بمودع إنما هو وکیل فی حفظها ویس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من وضع استأجره لما إلا أن یخاف علیها فعليه إخراجها لانه ما ورد بحفظها وقد تعین حفظها فی إخراجها ویعلم أن صاحبها أو حضر فی هذه الاحوال لا یرجى ولا نه ما ورد بحفظها على صفة فاذا تعدت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع إذا خاف علیها

(فصل) إذا أخرج الودیعة المنعی عن إخراجها فتلفت وادعی أنه أخرجها لنشیان نار أو سبل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البینه أنه كان فی ذلك الموضع ما ادعاه لان هذا

﴿ مسئله ﴾ وإن نهى المالك عن إخراجها فأخرجها لنشیان شيء الغالب منه التوى لم یضمن وإن تركها فتلفت ضمنها وإن أخرجها لغير خوف ضمن

إذا نهى المالك عن إخراجها من ذلك المسكن فالحكم فيه حكم ما لو لم یبینه على ما ذكرنا من الخلاف فيه فان أخرجها شيء الغالب منه التوى ، مثل ان خاف علیها بها أو هلاكها لم یضمنها لانه غیر مفرط فی حفظها لان حفظها نقاه وتركها تضییع لها وإن نقاه فی هذه الحال إلى دون الحرز فان أمكنه إخراجها فی مثله أو أعلى منه ضمنها لتفريطه وإن لم یمكنه لم یضمن لان إخراجها بذلك احفظ لها ولیس فی وضعه سواء وإن تركها فتلفت ضمن سواء تلفت بالامر الخوف أو بغيره لانه مفرط فی حفظها لان حفظها فی نقلها وتركها تضییع لها وفيه وجه آخر انه لا یضمن لانه امثل أمر صاحبها أشبه ما لو قال لا تخرجها وإن خفت علیها فان أخرجها لغير خوف ضمن سواء أخرجها

بما لا تنه عن إقامة البيئة عليه لأنه أمر ظاهر فإذا ثبت ذلك كان القول قول في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بيئة لأنه تعذر إقامة البيئة في المطالب بها كما لو ادعى التلف بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في إخراجها من الخريطة والصندوق حكم إخراجها من البيت على ما مضى من التفصيل فيه

(فصل) ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لأن البيت أحرز لها ، وإن جاهد بها في السوق فقال أحفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت فلا ضمان عليه ، وإن تركها في مكانه أو ثيابه ولم يجعلها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لأن بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا ، ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله في العادة فتلفت لم يضمنها لأن العادة أن الإنسان إذا أودع شيئاً وهو في مكانه أسكنه في مكانه أو في ثيابه إلى وقت مضيه إلى منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحالة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها فأنما أن يقبل بهذا الشرط أو يردّها وإن قال أجعلها في ذلك فجعلها في جيبه لم يضمنها لأن الجيب أحرز لها لأنه أغار به إنسي فيسقط الشيء من كنهه بخلاف الجيب وإن قال أجعلها في جيبك فتركها في كنهه ضمنها لذلك وإن جعلها في يده ضمن أيضاً كذلك وإن قل أجعلها في ذلك فتركها في يده ففيه وجهان أحدهما يضمن لأن سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من السكّ والثاني لا يضمن لأن اليد لا تسلط عليها الطرار بالباطل والحكم بخلافه ولأن كل واحد منهما أحرز من وجهه في تساويان ، وإن نصر الوجه الأول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجهه وجب أن يضمن لأنه فوت الوجه المأثور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمر بتركها في يده فجعلها في كنهه ضمن لذلك ، وقال القاضي اليد أحرز عند المبالغة فعل هذا إن أمر بتركها في يده فشدها في كنهه عند غير المبالغة فلا ضمان عليه ، وإن فعل ذلك عند المبالغة ضمن وإن أمر بشدها في كنهه فأمسكها في يده عند المبالغة لم يضمن وإن فعل ذلك عند غير المبالغة ضمن وإن أمر بحفظها مطبقاً فتركها في جيبه أو شدها في كنهه لم يضمنها وإن تركها في كنهه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لأنه مفرط وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لأن هذا عادة

إلى مثل الحرز أو دونه أو فوقه لأنه خالف نص صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وفيه قول آخر أنه لا يضمن كما لو لم يعين له حرزاً وقد ذكرناه وهو قول القاضي وقال أبو حنيفة إن نهب عن ثقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لأن البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدها طريق الآخر فاشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن

ولنا أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار إلى دار ولا يصح هنا الفرق لأن بيوت الدار تختلف فتحها ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى الانهدام أو إلى موضع الوقود أو أسهل فتحاً أو أضف حائطاً أو أسهل نقباً أو يكون المالك يسكن به أو غيره وأشباه هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه فلا يجوز تعويت غرض رب الوديعة من تعينه من غير ضرورة

الناس في حفظ أموالهم فإن شديداً على عضده لم يضمنها لأن ذلك أحفظ لها ، وقال القاضي إن شديداً من جانب الجيب لم يضمن وإن شديداً من الجانب الآخر ضمنها لأن الطرار يقدر على بطئها بخلاف ما إذا شديداً مما يلي الجيب وهذا يبطل بما إذا تركها في جيبه أو شديداً في كفه فإن الطرار يقدر على بطئها ولا يضمن وليس أمكان أحرازها بأحفظ الحرزين مانعاً من أحرازها بما دونه إذا كان حرزاً بمثلها وشديداً على العضد حرز لها كيفما كان لأن الناس يحرسون به أموالهم فأشبهه شديداً في الكم وتركها في الجيب ولكن لو أمره بشديداً مما يلي الجيب فشديداً من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشديداً مما يلي الجانب الآخر فشديداً مما يلي الجيب لم يضمن لأنه أحرز وإن أمره بشديداً على عضده مطلقاً أو أمره بحفظها معه فشديداً من أي الجانبين كان لم يضمن لأنه ممثّل أمر مالكيها بحرزها بمثلها وإن شديداً على وسطه فهو أحرز لها وكذلك أن تركها في بيته في حرزها .

(فصل) وإن أمره أن يجعلها في صندوق وقال لا تقبل عليها ولا تنم فوقها فخالفه في ذلك أو قال لا تقبل عليها الا قفلاً واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لأنه خالف ربه في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها فأشبهه ما لو نهاه عن إخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتياط بها ينهيه الله عنها ويحتمل على الجهد في مراقبتها والاحتياط لاخذها ولنا أن ذلك أحرز لها فلا يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكره .

(فصل) إذا قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل إليه قوماً فسرقتها أحدهم ضمنها لأنها ذهبت بتعديده ومخالفته وسواء سرقتها حال إدخالهم أو بعده لأنه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول إليها وإن سرقتها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لأن فعله لم يكن سبباً لانتلافها ويحتمل أن يلزمه الضمان لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولأنها

(مسألة) (فان قال لا تخرجها وإن خفت عليها فأخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمن)

إذا أخرجها في هذه الحال من غير خوف ضمنها إلا أنه يخالف شرط صاحبها لغير حاجة وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركها لم يضمن إذا تلفت مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذوناً في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتناع الأمر صاحبها أشبه ما لو أذن له في إتلافها ولا يضمن إذا أخرجها لأنه زلده خيراً وحفظاً فلم يضمن كما لو أذن له في إتلافها فلم يفعل حتى تلفت

(فصل) إذا أخرج الوديعة المذمومة عن إخراجها فالتفت قاضي أنه أخرجها لنشيان نار أو سبل أو أمر ظاهر وانكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة أنه كان في ذلك الموضع مادام أنه لا يتعذر إقامة البينة عليه لظهوره فإذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة لأنه لا يتعذر إقامة البينة فلم يطالب بها

مخالفة فوجب الضمان إذا كانت سبباً لانتلافها فأوجبته وإن لم تكن سبباً كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة .

(فصل) إذا قال ضم هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمنه لأنها أغاظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضه في أتمتها العليا يضمنه أو ينكسر بها الغاظا عليه فيضمنه أيضاً لأن مخالفته سبب تلفه .

(مسئلة) قال (وإذا أودعه شيئاً سألته دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن) لاختلاف في وجوب رد الوديعة على مالكا إذا طلبها فامكن أداؤها إليه بغير ضرورة وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) وأمر به رسول الله ﷺ فقال « أد الأمانة إلى من ائتمنتك ولا تخن من خانك » يعني عند طلبها ولأنها حق لمالكها لم يتعاقبها حق غيره فلزم أدؤها إليه كالمصوب والدين الحال فإن امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها لانه صار غاصبا لكونه امسك مال غيره بغير إذنه ينزل محرم فأشبه الغاصب فأما ان طلبها في وقت لم يمكن دفعها إليه لبعدها أو لخائفة في طريقها أو لاجتزاع من حملها أو غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها لأن الله تعالى لا يكاف نفسا الاوسمها وإن تلفت لم يضمنه لعدم عدوانه وإن قال أهولوني حتي أقضي صلاتي أو آكل فاني جائع أو أنام فاني ناعس أو ينهضم عني الطعام فاني ممسك أهل بقدر ذلك .

(فصل) رابح على المستودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت بمحلة مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لانه قبض العين بالمنفعة مالكا على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وإنما عليه التمكين من أخذها وإن سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها إلى بلدها لانه بعدها بغير إذن ربها فلزمه ردها كالغاصب

(مسئلة) قال (وإذا مات وعنده وديعة لا تميز من ماله فصاحبها فريم بها)

وجملته أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه يفرم من تركته فإن كان عليه دين سواها فهي والدين سواء فإن وفدت تركته بهما وإلا اقتسمها بالمحصص وبهذا قل

كما لو ادعى تلفها بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في إخراجها من الخريطة والصندوق حكم إخراجها من البيت على ما ذكرنا من التفصيل

(فصل) ولو أمره أن يحملها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لأن البيت أحرز لها وإن جاءه بها في السوق فقال احفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت لم يضمن وإن تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لأن بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا

قال شيخنا ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضى إلى منزله فيصطحبه معه لم يضمن لأن المودع عالم بهذه العادة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها فلما ان يقبلها بهذا الشرط أو يردّها

الشعبي والنخعي وداود بن أبي هند ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق وروى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهري وأبي جعفر محمد بن علي، وروى عن النخعي الأمانة قبل الدين وقال الحارث الصكلي: الدين قبل الأمانة

ولنا أنها حقان ونجيا في ذمة فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع أن عندي ودیعة أو علي ودیعة لفلان أو ثبت بيينة أنه مات وعنده ودیعة فأما إن كانت عنده ودیعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تالت ؟ ففيه وجهان (أحدهما) وجوب ضمانها لأن الوديعة يجب ردها إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولأن الجبل بعينها كالجلل بها وذلك لا يسقط الرد (والثاني) لا ضمان عليه لأن الوديعة أمانة والأصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى واحدا الوجهين لأصحاب الشافعي وظاهر المذهب الأول لأن الأصل وجوب الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

(فصل) وإن مات وعنده ودیعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها فإن لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم إعلامها وليس لهم إمساکها قبل أن يعلم بها ربهما لأنه لم يأنهم عليها وإنما حصل مال غيرهم في أيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوبا وعلم به فعليه إعلام صاحبه به فإن أخر ذلك مع الامكان ضمن كذا هاهنا ولا تثبت الوديعة إلا باقرار من ألبت أو ورثته أو بيينة تشهد بها وإن وجد عليها مكتوب ودیعة لم يكن حجة عليهم ما واز أن يكون الظرف كانت فيه ودیعة قبل هذا أو كان ودیعة أو روثهم عند غيره أو كانت ودیعة فابتاعها وكذلك لو وجد في روثناخ أبيه أن لفلان عندي ودیعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك ؛

(مسئلة) قال (وإذا طالبه بالوديعة فقال ما أودعني ثم قال ضاعت من حرز كان ضامنا لأنه خرج من حال الأمانة ولو قال مالك عندي شيء ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه

وجهة ذلك أنه إذا ادعى على رجل ودیعة فقال ما أودعني ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعني وهلك من حرزي لم يقبل قوله ولزمه ضمانها وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لأنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المتأني للأمانة وإن أقر له بتلفها من حرزه قبل جعده فلا ضمان عليه وإن أقر أنها تلفت بعد جعده لم يسقط عنه

(مسئلة) (وإن أودعه بهيمة فلم يعلقها حتى ماتت ضمنها إلا أن ينهأ المالك عن علفها) إذا أودعه بهيمة ولم يأمره بعلقها لزمه ذلك وبه قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه وبه قال أبو حنيفة لأنه استحفظه إياها ولم يأمره بعلقها والعلق على مالها فإذا لم يعلقها كان هو المقرط

الضمان لانه خرج بالجهود عن الامانة فصار ضامنا كمن طواب بالوديعة فامتنع من ردها وان أقام البيئة بئانها بعد الجهود لم يسقط عنه الضمان لذلك وان شهدت بئانها قبل الجهود من الحرز قبل تسمع بيئته ؟ فنية وجهان (أحدهما) لا تسمع لانه مكذب لما بانكاره الايداع (والثاني) تسمع بيئته لان المودع لو اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البيئة به فان شهدت بانتماف من الحرز ولم تعين قبل الجهود ولا بعده واحتمل الامر من لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا ينتفي بأمر متردد وأما اذا ادعى الوديعة فقال مالك عندي شيء أو لا تستحق علي شيئا فقالت البيئة بالايداع أو أقر به المودع ثم قال ضاءت من حرز كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ما شهدت به البيئة ولا يكذبها فان من تأنت الوديعة من حرزه بغير تفريطه فلا شيء لما لكها عنده ولا يستحق عليه شيئا سكن ان ادعى تلفها بعد جهوده أو قامت بيئة بتلفها بعد الجهود وانما كانت عنده حال جهوده فعليه ضمانها لان جهوده أوجب الضمان عليه نصار كالغاصب

(فصل) إذا نوى الحياة في الوديعة بالجهود أو الاستعمال ولم يفعل لم يصر ضامنا لانه لم يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمنها لانه أمسكها بنية الحياة فيضمنها كالملئط بقصد التملك

ولنا قول النبي ﷺ « عني عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها ما لم تكلم بها أو تعمل به » ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملئط بقصد التملك فانه عمل فيها بأخذها نأوبا للحياة فيها فوجب الضمان بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو انقطعها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كسائتها ولو أخرجها بنية الاستعمال ولم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو أخرجها لتقلها لم يضمنها ولنا انه تمدي بأخراجها اشبه ما لو استعملها بخلاف ما اذا تقلها

(فصل) والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف قال بن المنذر أجمع

ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فاذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها فان ترك علفها حتى تلفت ضمنها لانه مفرط فيها فان أمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لحزمة صاحبها لانه أخذها منه على ذلك ولحزمة البيهية فان الحيوان يجب احياءه بالعلف والسقي ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لان هذا تبرع به فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة والاول أولى ثم ينظر فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالاتفاق عليها أو يردّها عليه أو يأذن له في الاتفاق عليها ليرجع به فان عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فان وجد لصاحبها مالا أتفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها أو اتفاه عليها أو لإجارتها أو الاستدانة على صاحبها ويدفع إلى المودع لينفقه عليها أو إلى غيره فينفق عليها إن رأى

كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله وقال أكثرهم مع يمينه وإن ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضاً وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان دفعها إليه بغير بينة وإن كان أودعه إياها بينة لم يقبل قوله في الرد إلا بينة .

ولنا أنه أمين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة وإن قال دفعها إلى فلان بأمرك ما نسرك مالها الاذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول بن أبي ليلى وقال مالك والثوري والعنبري والشافعي: أصحاب الرأي القول قول المالك لأن الأصل عدم الاذن وله تضمينه

ولنا أنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالها ولو اعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم تنظر في المدفوع إليه فإن أثر أنه قبضه وكان الدفع في دين نقد برى، السكك وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لأن المودع مفرط لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتاج إلى بينة لأن المودع يتقبل قوله في التالف والرد فلا فائدة في الاشهاد عليه فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالها

(فصل) وإذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بملفها وسقيها لزمه ذلك لو جهن (أحدهما) لحرمه صاحبها لأنه أخذها منه على ذلك (والثاني) لحرمه البهيمة فإن الحيوان يجب أحيائه بالحلف والسقي ويحتمل أن لا يلزمه علنها إلا أن يقبل ذلك لأن هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة، وإن أطلق ولم يأمره بملفها لزمه ذلك أيضاً وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه ذلك، وبه قال أبو حنيفة لأنه استعطفه إياها ولم يأمره بملفها والحلف على مالها فإذا لم يملفها كان هو المفرط في ماله

ولنا أنه لا يجوز إنلافها ولا التفريط فيها فإذا أمره بحفظها تضمن ذلك علنها وسقيها ثم ننظر فإن

ذلك ويجوز أن يأذن للمودع أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضاً من نفسه لنفسه ويكل ذلك إلى اجتهاده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا في قدر النفقة قبل قول المودع إذا ادعى النفقة بالمعروف وإن ادعى زيادة لم يقبل وإن اختلفا في قدر المدة فالقول قول صاحبها لأن الأصل عدم ذلك وإن لم يقدر على الحاكم فائق عليها محتسباً بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أتفق لأنه مأذون فيه عرفاً ولا تفريط منه إذ لم يجد حاكماً وإن فعل ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذنه ففيه روايتان نص عليها فإذا أتفق على البهيمة المرهونة من غير إذن الراهن (أحدهما) يرجع لأنه مأذون فيه عرفاً (والثانية) لا يرجع لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم وإن أتفق من غير إشهاد مع المجز عن استئذان الحاكم أو مع إمكانه ففي الرجوع أيضاً وجهان وجهها ما ذكرنا ومتى

قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالانفاق عليها أو بردها عليه أو يأذن له في الانفاق عليها ليرجع به ، فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فإن وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها وانفاقه عليها أو اجارنها أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لينتفعه عليها وإن رأى دفعه إلى غيره ليتولى الانفاق عليها جاز ، وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه إليه ليتولى الانفاق عليها لانه أمين عليها ويجوز أن يأذن له الحاكم في أن يدفع عليها من ماله ويكون قابضا لنفسه من نفسه ويكل ذلك إلى اجتهداه في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا في قدر النفقة فالقول قول المودع اذا ادعى النفقة بالمعروف ، وإن ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له ، وإن اختلفا في قدر المدة التي أنفق فيها فالقول قول صاحبها لان الاصل عدم ذلك فان لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها بمقتضا بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق رواية واحدة لانه مأذون فيه عرفا ولا تفرط منه اذا لم يجد حاكما ، وإن فعل ذلك مع امكان استئذان الحاكم من غير اذنه فهل له الرجوع ؟ يخرج على روايتين نص عليهما فيما اذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير اذن الراهن وفي الضامن اذا ضمن وأذن بغير اذن المضمون عنه هل يرجع به ؟ على روايتين (احدهما) يرجع به لانه مأذون فيه عرفا (والثانية) لا يرجع لانه مفرط بترك استئذان الحاكم ، وإن أنفق من غير ائذنه مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع امكانه ففي الرجوع وجهان أيضا كذلك ومتى علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمته على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه لان هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبهه المصرح به

(فصل) وإن أودعه البهيمة وقال لا تعلقها ولا تسبها لم يحجز له ترك علفها لان للحيوان حرمة في نفسه يجب احيائه لحق الله تعالى ، فان علفها وسقاها كان كالتقسيم الذي قبله ، وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهذا قول عامة اصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يضمن لانه تعدى بترك علفها أشبه اذا لم

علق البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمته على ما جرت به العادة فلا ضمان فيه لان هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبهه المصرح به

(فصل) فان نهاه المالك عن علفها وسقيها لم يحجز له ترك علفها لان للحيوان حرمة في نفسه يجب احيائه لحق الله تعالى فان علفها وسقاها فهو كما لو لم ينه وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهو قول أكثر اصحاب الشافعي وقال بعضهم يضمن لانه تعدى بترك علفها أشبه ما إذا لم ينه وهو قول ابن المنذر لانه رسول الله ﷺ عن إضاعة المال فيصير أمر مالكها وسكوته سواء

ولنا أنه يمثل قول صاحبها فلم يضمنها كما لو أمره بقتلها ففعل وكالو قال لا تخرج الوديعة وإن خفت عليها فيخاف عليها ولم يخرجها أو أمره بالقائها في نار وهذا ينتقض ما ذكره وينبغي أن التزم الحكم فيما اذا

فيه وهذا قول ابن المنذر لابي رسول الله ﷺ عن اضاءة المال فيصير امر مالكا وسكرته سواء ولنا أنه مثل لامر صاحبها فلم يضمها كما لو قال انتلها فقتلها وكما لو قال لا تخرج الوديعة وإن خفت عليها تخاف عليها ولم يخرجها أو أمره صاحبها بالقاتلها في نار أو بحر وبهذا ينتقض ما ذكره ومنع ابن المنذر الحكم فيها إذا أمره باتلافها وأنتلها لما تقدم ولا يصح لأنه ثابت لصاحبها فلم يغرم له شيئا كما لو استنابه في مباح والتحریم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو التأثيم أما حق الآدمي فلا يبقى مع اذنه في تنويته ولا نها لم تلتف بفعله وإنما تلفت بترك العلف المأذون فيه أشبه ما لو قال له لا تخرجها إذا خفت عليها فلم يخرجها .

مسئلة (١) قال رحمه الله (ولو كان في يده ودية فادعاهانفسان فقال أو دعني أحدهما ولا أعرفه دينا أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه)

وجهه أن من كانت عنده ودية فادعاهانفسان فأقر بها لأحدهما سلمت إليه لأن يده دليل ملكه فلو ادعاه لنفسه كان التول قوله فإذا أقر بها لغيره وجب أن يتقبل ويلزمه أن يحلف الآخر لأنه منكر لحقه فان حلف برىء وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها لأنه فوتها عليه وكذلك لو أقر الثاني بها بعد أن أقر بها للاول سلمت الى الاول لأنه استحقها باقراره وغرم قيمتها لثاني نص على هذا أحمد وإن أقر بها لهما جميعا فهي بينهما ويلزمه التمين لكل واحد منهما في نصفها وإن قال هي لأحدهما لا أعرفه عينا فاعترفنا له بجعله تعين المستحق لها فلا يمين عليه ، وإن ادعى معرفته فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك ، وقال أبو حنيفة يحلف يمينين كما لو أنكر أنها لها

ولنا أن الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعى لها فأقر بها لأحدهما ويفارق ما إذا أنكرهما لأن كل واحد منهما يدعي عليه أنها له فهما دعويان فأن حلف أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه

أمره باتلافها فانتلفها ولا يصح لأنه نائب صاحبها فلم يغرم كالأستنا به في مباح والتحریم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو الائم اما حق الآدمي فلا يبقى مع اذنه في تنويته ولا نها لم تلتف بفعله وإنما تلفت بترك العلف المأذون فيه أشبه ما إذا نهاه عن اخراجها مع الخوف فلم يخرجها

مسئلة (٢) (وإن قال اترك الوديعة في جيبك فتركها في كمه ضمن)

لأنه ربما نسي فسقط الشيء من كمه وكذلك أن تركها في يده لأن الجيب أحرز وإن قال أتركها في كمك فتركها في جيبه لم يضمن لأن الجيب أحرز على ما ذكرنا وإن قال أتركها في كمك فتركها في يده احتمل وجوب احدهما يضمن لأن سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم (والثاني) لا يضمن لأن اليد لا ينسبط عليها الطراو بالبط بخلاف الكم ولأن كل واحد منهما أحرز من وجهه فتساويا ولن نصير الاول أن يقول بقي كان كل واحد منهما أحرز من

وقال الشافعي يتعالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهو قول ابن أبي لبلب لانه لا يعلم المالك منهما ، ولشافعي قول آخر أنها تنقسم بينهما كما لو أقر بها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي لبلب وهو قول أبي حنيفة رصاحيه فيها حكمي عنهم قالوا ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منها لانه فوت ما استودع بجهله

ولنا أنها تساوي في الحق فيها ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدین إذا اعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد السفر بأحدى نسائه ، وقول أبي حنيفة ليس بصحيح فان العين لم تتلف . ولو ثلاث بغير تفریط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفریط إذ ليس في وسعه أن لا ينمى ولا يجهل

(مسئله) قال (ومن أودع شيئاً فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ) وجهلته ان من أودع شيئاً فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ فان رده أو مثله لم يزل الضمان عنه ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه اذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي ان لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمة بالأخذ بدليل انه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالتفصيص ، فأما سائر الوديعه في نظر فيه فان كان في كيس مختم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمن سواء أخرج منه أو لم يخرج لانه هناك الحرز بفعل تعدي به ، وإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لانه ما هناك الحرز ، وإن لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثياباً فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره لانه لم يتعد في غيره وإن رد بدله وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك وإن لم يكن متميزاً فظاهر كلام الحرز في هذا أنه لا يضمن غيره لأن التعدي اختص به فيختص الضمان به وخالط المردود بغيره لا يقتضي الضمان لانه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما اذا خلطه بغيره ولو أذن له صاحب الوديعه في الاخذ منها ولم يأمره برد

وجه وجب أن يضمن لانه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لخالفته وعلى هذا لو أمره بتركها في يده فجعلها في كفه ضمن كذلك وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة والسكم أحرز عند عدم المغالبة فعلى هذا إن أمره بتركها في يده فشدها في كفه من غير حال المغالبة فلا ضمان عليه وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقاً فتركها في جيبه أو شدها في كفه لم يضمنها وإن تركها في كفه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها اذا سقطت ضمنها لأنه مفروط وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لان هذا عادة الناس في حفظ أموالهم وإن شدها على عضده لم يضمن لان ذلك احتفظ لها وقال القاضي إن شدها من جانب الجيب لم يضمنها وإن شدها من الجانب الآخر ضمن لأن الطرار يقدر على بطئ بخلاف ما اذا شدها بما يلي الجيب وهذا يبطئ بما اذا تركها في جيبه أو ربطها في كفه فان الطرار

بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كد بدل ما لم يؤمن في أخذه وقال القاضي يضمن الكل وهو قول الشافعي لأنه خطأ الوديعة بما لا يتميز منه فضمن الكل كالرخلطها بغير البدل وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم السكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لأنه لم يتعد في غيره ولنا أنه هناك حرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعها إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

(فصل) وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالمجدد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان، فإن ردها صاحبها إليه كان ابتداء امتنان وإن لم يرددها إليه ولكن جدد له الامتنان أو أبرأه من الضمان برعي، من الضمان في ظاهر المذهب لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برعي، كما لو أبرأه من دين في ذمته، وإذا جدد له امتنانا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان، وقد قال أصحابنا إذا رهن المضمون عند الفاسب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الفاسب فهنا أولى (فصل) ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزنها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة لم يبرأ من الضمان، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يبرأ لأنه بمسك لها باذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي

ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الامتنان كما لو جدها ثم أقر بها وبهذا يبطل ما ذكره (فصل) ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف فإن أودع طفل أو معتوه إنسانا وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عنه بردها إليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم، فإن كان الصبي مميزا صح إيداعه لما أذن له في التعرف فيه لأنه كالبايع بالنسبة إلى ذلك فإن أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط في حفظها، فإن أتلها أو أكلها ضمنها في قول القاهني وظاهر مذهب الشافعي، ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عائلته

يقدر على بطها ولا يضمن وليس إمكان حرزها بإحفظ الحرزين مانعاً من إحرازها بما دونه إذا كان حرزاً مثلها وشدها على المضد حرز لها كيما كان لأن الناس يحرزون به أموالهم فأشبهه شدها في الكم وتركها في الحبيب لسكن لو أمره بشدها بما يلي الحبيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشدها بما يلي الجانب الآخر فشدها بما يلي الحبيب لم يضمن لأنه أحرز وإن أمره بشدها على عضده مطلقاً أو أمره بحفظها معه فشدها من أي الجانبين كان لم يضمن لأنه يمثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها وإن شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها في بيته في حرزها

(مسئلة) وإن أمره أن يحفظها في صندوق وقال لا تقفل عليها ولا ثم فوقها فخالفه أو قال لا تقفل

ولنا ان ما ضمنه بالانلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ . ولا يصح قولهم انه سله على اتلافها وانما استحقه اياها، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه
(فصل) وان اودع عبداً وديعة خرج على الوجين في الصغير ان قلنا لا يضمن العبي نألفها العبد كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته
(فصل) وان غصبت الوديعة من المودع قهراً فلا ضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلها بنفسه لان الاكرام عذر لما يبيع له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهراً

(باب قسمة النفي والغنيمة والصدقة)

النفي هو الراجع الى المسلمين من مال الكفار بغير قتال، يقال ناء النفي اذا رجم نحو المشرق والغنيمة ما أخذ منهم قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منها في الحقيقة في غنيمة وانما خص كل واحد منها باسم يميز به عن الآخر، والاصل فيها قول الله تعالى (ما أناء الله على رسوله من أهل القرى) الآية وقوله سبحانه (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) الآية

(مسئلة) قال (والاموال ثلاثة في غنيمة وصدقة)

يعني والله أعلم أن الاموال التي تليها الولاة من أموال المسلمين فانها ثلاثة أقسام: قسمان يؤخذان من مال المشركين (أحدهما) النفي وهو ما أخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب كالذي تركه فزعا من المسلمين وهو بوا. والجزية عشر أموال أهل دار الحرب اذا دخلوا الينا تجاراً ونصف عشر تجارات أهل الذمة وخراج الارضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له . والغنيمة ما أخذ بالنهر والقتال من الكفار ، والقسم الثالث الصدقة وهو ما أخذ من مال مسلم تطهيراً له وهو الزكاة وقد ذكرناها، يروى أن عمر رضي الله عنه قرأ قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين

عليها الا قفلا واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لانه خالف ربه في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها أشبه مالونها عن اخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن التوم عليها وترك قفلين وزيادة الاحتفاظ ينبه اللص عليها ويحتمل على الجبد في سرقتها والاحتياال لاخذها

ولنا أن ذلك أحرز لها فلم يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكره (فصل) وإن قال اجملها في هذا البيت ولا تدخله أخذاً فأدخل اليه قوماً سرقتها أحدكم ضمنها لانها ذهبت بتعديده ومخالفته وسواء سرقتها حال ادخالهم او بعده لانه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها وإن سرقتها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لأن فعله لم يكن (المغني والشرح الكبير) (٣٨) (الجزء السابع)

- حتى بلغ - عليهم حكيم) ثم قال هذه ملؤلا ثم قرأ (واعدوا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة - حتى بلغ وابن السبيل) ثم قال هذه ملؤلا ثم قرأ (ما انا الله على رسوله من اهل القرى - حتى بلغ - والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ابأتين الراعي وهو بسرو حير نصيبه منها لم يرق به جبينه .

(فصل) ولم تكن الفنائم تحمل لمن مضى من الامة وانما علم الله ضممتنا فطبعها لنا رحمة لنا وراثة بنا وكرامة انبيينا ﷺ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اعطيت خمسة ما لم يعطهن نبي قبلي - فذكر فيها - احلت لي الفنائم » متفق عليه وقال سعيد حدثنا ابو معاوية عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لم تحمل الفنائم لقوم سود الردوس غيركم » كانت تنزل نار من السماء فتأكلها » ثم كانت في اول الاسلام لرسول الله ﷺ بدليل قول الله تعالى (يستلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) ثم صار اربعة اخماسها للفائمين والخمس لغيرهم بدليل قوله تعالى (واعدوا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) فاضاف الغنيمة اليهم وجعل الخمس لغيرهم فبدل ذلك على ان سائرهما لم يجز ذلك مجرى قوله تعالى (وورثه ابراهيم فلائمه الثلث) اضاف ميراث اليهما ثم جعل للام منه الثلث فدل على ان الباقي للاب وقال تعالى (فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا) فأحلها لهم

(مسئلة) قال (فالنفي ما أخذ من مال مشرك بحال ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب والغنيمة ما أوجف عليها)

الركاب الابل خاصة والايحاف أصله التحريك والمراد ههنا الحركة في السير اليه . قال قتادة فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ما قطعتم راديا ولا سيرتم اليها دابة انما كانت حوائط بني النضير أمدها الله رسول الله ﷺ قال ابو عبيد الايحاف الايضاع يعني الاسراع ، وقال الزجاج الوجيف دون التقريب من السير يقال وجف الفرس وأوجفت أنا قال الله تعالى (ما انا الله على رسوله منهم

شيئا لا تلافها ويحتمل ان يضمن لان الداخل ربما دل عليها من لم يدخلها ولانها مخالفة توجب ان ضمان اذا كان شيئا لا تلافها فأوجبته وإن لم يكن شيئا كما لو نهاه عن اخراجها فأخرجها لغير حاجة، وإن قال ضح هذا الحاتم في المختصر فوضعه في البنصر لم يضمن لانها أغاظ وأحفظ له الا أن لا يدخل فيها فيضه في أغلظها العليا أو ينكسر لغلظها عليه فيضمنه في الموضين لأن مخالفته سبب تلفه

(مسئلة) (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله كزوجته أو عبده لم يضمن)

نص على هذا أحمد وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو دفعها إلى أجنبي

فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب / فكل ما أخذ من مال مشترك بغير إيجاب مثل الاموال التي يتركونها فزعا من المسلمين ونحو ذلك هو فيء وما أجلب عليه المسلمون وساروا اليه وقتلوم عليه فهو غنيمة سواء أخذ عنوة أو استنزلا أهله بأمان فإن النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة وبعضها استنزلا أهله بالأمان فكانت غنيمة كلها

﴿مسئلة﴾ قال (خمس النفي والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (أحدها) أن النفي مخروس كما تخمس الغنيمة في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي (والرواية الثانية) لا يخمس نفلها ابن طالب فقال: إنما تخمس الغنيمة قال القاضي لم أجد بها قال الحارثي من أن النفي مخروس نصا فاحكيه وأنا نص على أنه غير مخروس وهذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر ولا تحفظ عن أحد قبل الشافعي في النفي خمس كخمس الغنيمة ، وأخبار عمر تدل على ما قاله الشافعي ولأن الله تعالى قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - إلى قوله - والذين جاهدوا من بعدهم) الآية فجعله كله لهم ولم يذكر خمسا، ولما قرأ عمر هذه الآية قال : هذه استوعبت المسلمين، ووجه الأول قول الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله ولرسوله ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم) فظاهر هذا أن جميعه لمؤلا وم أهل الخنس، وجاءت الاخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية والاخبار وتعارض ، وفي إيجاب الخنس فيه جمع بينهما وتوفيق فإن خمسة الذي سمي في الآية وسائرهم يعرف إلى من في الخبر كالفنيمة ولأنه مال مشترك مظهر عليه فوجب أن يخمس كالفنيمة والركاز وروى البراء بن عازب قال لقيت خالي ومعه الزاية قلت إلى أين؟ فقال بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل عرس بامرأة أبيه أن أضرب عنقه وأخمس ماله

(النصل الثاني) ان الغنيمة مخروسة ولا اختلاف في هذا بين أهل العلم بحمد الله ، وقد نطق به

ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله أشبه ما إذا حفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية إلى الراعي أو البهيمة إلى غلامه ليسقيها، ويفارق الاجنبي فان دفعها اليه لا يمد حفظاً منه

﴿مسئلة﴾ (وإن دفعها إلى أجنبي أو حاكم ضمن وليس للمالك مطالبة الاجنبي وقال القاضي له ذلك) إذا دفع الوديعة إلى غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب الا أن يدفعها إلى من جرت عادته بحفظ ماله وقد ذكرناه في المسئلة قبلها وذكرنا الخلاف فيه، وقال شريح ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق متى دفعها إلى أجنبي أو حاكم ضمن ، وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لأن عليه حفظها وأحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ولأنه يحفظ ماله بإبداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزه

الكتاب العزيز فقال الله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء، فإن لله خمسة) لكن اختلف في أشياء : منها سلب القاتل وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فإن عمر رضي الله عنه قال كنا لا نخمس السلب وقول النبي ﷺ «من قتل قتيلاً فله سلبه» يقتضي أنه له كله ولو خمس لم يكن جميعه له وعن أبي قتادة أن رسول الله ﷺ نزل به سلب رجل قتله يوم حنين ولم يخمس. ورواه عبيد بن مسعود. ومنها إذا قال الإمام من جاء بعشرة رؤوس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا من النفل فالظاهر أن هذا غير مخموس لأنه في معنى السلب. ومنها إذا قال الإمام من أخذ شيئاً فهو له وقتلنا يجوز ذلك فقد قيل لا خمس فيه لأنه في معنى الذي قبله. والصحيح أن الخمس لا يسقط لانه يدخل في عموم الآية ولا يدخل في معنى السلب والنفل لأن ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصاً بل نسخاً لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقاً. ومنها إذا دخل قوم لأمعة لهم دار الحرب بغير إذن الإمام فقد قيل إن ما غنموه لهم من غير أن يخمس، والصحيح أنه يخمس ويدفع إليهم أربعة أخماسه لدخوله في عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه (الفصل الثالث) أن الخمس مما يجب خمسة من الفاء والغنيمة شيء واحد في مصرفها وحكمها ولا اختلاف في هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فإن القائل بوجوب الخمس في الفاء غير من قائله من أصحابنا الشافعي وقد وافق على هذا فإنه قال في الفاء والغنيمة يجتمعان في أن فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعني في سورة الأنفال في قوله سبحانه وتعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء، فإن لله خمسة) الآية. وفي سورة الحشر في قوله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية. والمسمون في الآية شيء واحد

(الفصل الرابع) أن الخمس يقسم على خمسة أسهم وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والبخاري وقتادة وابن جريج والشافعي وقيل يقسم على ستة : سهم لله وسهم لرسوله لظاهر قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء، فإن لله خمسة وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فقد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهماً سادساً وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة، وقال أبو العالية سهم الله

ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن ايداعها فإنه أمره بحفظها بنفسه فلم يرض لها غيره فإن فعل فتلفت عند الثاني مع علمه بالحال فله تضمين أيهما شاء لانهما متعديان، ويستقر ضمها على الثاني لأن التلف حصل عنده وقد دخل على أنه يضمن وإن لم يعلم الحال فله تضمين الأول، وليس الأول الرجوع على الثاني لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين لضمان عليه، وإن أحب المالك تضمين الثاني فليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي لأن أحمد ذكر الضمان على الأول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه قبض قبضاً موجباً للضمان على الأول فلم يوجب ضماناً آخر، ويفارق القبض من الغاصب فإنه لم يوجب الضمان على الغاصب إنما لزمه الضمان بالنصب. قال شيخنا ويحتمل أن له تضميناً ثانياً أيضاً وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فيضمينه

عز وجل هو انه اذا عزل الخمس ضرب يده فاقبض عليه من شيء جعله للكعبة فهو الذي سمي الله لانجملوا له نصيبا فان الله الدنيا والآخرة ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة أسهم ، وروى عن الحسن وقادة في سهم ذي القربى كانت طاعة لرسول الله ﷺ في حياته فلما توفي حمل عليه أبو بكر وعمر في سبيل الله ، وروى ابن عباس ان أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم ونحوه حكى عن الحسن بن محمد بن الحنفية وهو قول أصحاب الرأي قالوا يقسم الخمس على ثلاثة: النبي والمساكين وابن السبيل وأسقطوا سهم رسول الله ﷺ بموته وسهم قرابته أيضا ، وقال مالك النبي . والخمس واحد يجعلان في بيت المال ، قال ابن القاسم وبإني عن أنثى به ان مالكا قال يعطي الأمام أقربا . رسول الله ﷺ على ما يرى ، وقال الشوري والحسن بضعة الامام حيث أراه الله عز وجل

ولنا قول الله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة ورسول وذي القربى والنبي والمساكين وابن السبيل) وسهم الله والرسول واحد كذا قال عطاء والشعبي ، وقال الحسن بن محمد ابن الحنفية وغيره قوله (فان لله خمسة) افتتاح كلام يعني ان ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركا به لا لافراده بسهم فان الله تعالى الدنيا والآخرة ، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس قالا كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة وما ذكره أبو العالية نسي . لا يدل عليه رأي ولا يقتضيه قياس ولا يصار اليه إلا بنص صحيح يوجب التسليم له ولا نعلم في ذلك أثرا صحيحا سوى قوله ، فلا يترك ظاهر النص وقول رسول الله ﷺ وفعله من أجل قول أبي العالية وما قاله أبو حنيفة فبخالف اظاهر الآية فان الله تعالى سمي لرسوله وقرابته شيئا وجعل لها في الخمس حقا كما سمي الثلاثة الاصناف الباقية فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب ، وأما حمل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على سهم ذي القربى في سبيل الله فقد ذكر لأجد فسكت وحرك رأسه ولم يذهب اليه ورأى ان قول ابن عباس ومن وافقه أولى لموافقة كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فان ابن عباس لما سئل عن سهم ذي القربى فقال إنا كنا نزعم انه لنا فأبى ذلك علينا قومنا، ولعله أراد بقوله أبى ذلك علينا قومنا فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في حملهما عليه في سبيل الله ومن تبعهما على ذلك ، ومتى اختلف الصحابة وكان

كالقباض من الغاصب، وذكر أحد الضمان على الاول لا ينفي الضمان عن الثاني كأن الضمان يلزم الغاصب ولا ينفي وجوبه على القباض منه ، فعلى هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وان ضمن الثاني رجع على الاول وهذا القول أقرب الى الصواب وما ذكرنا للقول الاول لا أصل له ثم هو متعقبا بما اذا دفع الوديعة الى السان طرية أو به

(مسئلة) (وان أراد سقرا أو خاف عليها عند ردها الى مالكا أو وكيله في قبضها ان قدر على ذلك) ولم يجوز له دفعها الى الحاكم ولا الى غيره لانه ليس للحاكم ولاية على الحاضر فان فعل ضمها لانه دفعها الى غير مالكا بنفي اذنه من غير عذر فضمنها كالصورة الاولى

قول بعضهم بوافق الكتاب والسنة كان أولى وقول ابن عباس وافق للكتاب والسنة فإن جبير بن مطعم روى أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبدشمس ولا لبني نوفل من الخنس شيئاً كما كان يقسم لبني هاشم ولبنى المطلب ، وإن أبا بكر كان يقسم الخنس نحو قسم رسول الله ﷺ غير أنه لم يكن يعطي قربي رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده رواه أحمد في مسنده وقد تكلم في رواية ابن عباس عن أبي بكر وعمر أنهم حملوا على سهم ذبي القربي في سبيل الله فقيل أنه برويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلابي وهو ضعيف أيضاً ولا يصح عند أهل النقل أن قالوا فأنبي ﷺ ليس يباقي فكيف يبقى سهمه ؟ قلنا جهة صرفه إلى النبي ﷺ مصلحة المسلمين والمصالح باقية قال رسول الله ﷺ « ما يحمل لي مما أنا ، الله عليكم ولا مثل هذه إلا الخنس وهو مردود عليكم » رواه سعيد

بمئة مثله قال (وسهم لرسول الله ﷺ يصرف في الكراع والصلاح ومصالح المسلمين)

وهذا قول الشافعي فإنه قال اختار أن يضمنه الإمام في كل أمر خمس به الإسلام وأهله من سد ثغر واعداد كراع أو سلاح أو إعطائه أهل البلاد في الإسلام نقلاً عند الحرب وغير الحرب وهذا نحو ما قال الحنفي وهذا السهم كان لرسول الله ﷺ من الغنمة حضر أو لم يحضر كما أن سهم بزية أصحاب الخنس لم يحضروا أو لم يحضروا وكان رسول الله ﷺ يصنع به ما شاء فلما توفي وليه أبو بكر ولم يسقط بموته ، وقد قيل إنما أضافه الله تعالى إلى نفسه وإلى رسوله ليعلم أن جهته جهة المصلحة وأنه ليس بمختص بالنبي ﷺ فيسقط بموته

وزعم قوم أنه سقط بموته ويرد على أنصبا الباقيين من أهل الخنس لأنهم شركاؤه ، وقال آخرون بل يرد على الغائبين لأنهم احتلوا بها بقتالهم وخرجت منها سهام منها سهم النبي ﷺ مادام حياً فإذا مات وجب رده إلى من وجد سبب الاستحقاق فيه كما أن تركة الميت إذا خرج منها سهم بوصية ثم

بمسئلة (فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها)

إذا أراد السفر بها وقد نهى صاحبها عنه ضمناً لمخالفته وإن لم ينهه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن وهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لانه سافر بها من غير ضرورة أشبه ما لو كان السفر خوفاً ولنا أنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها إلى البلد ولانه سافر بها سفرًا غير مخوف أشبه ما لو لم يجد أحداً يدعها عنده . قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالها أو وكيله فيها بغير إذنه فهو مفترط عليه الضمان لانه يفوت على صاحبها مكان استرجاعها ويخطر بها فإن النبي صلى

بطلت الوصية رد إلى التركة وقالت ما ثمة هو لا خليفة بعده لأن أبا بكر روى عن النبي ﷺ أنه قال « إذا أطعم الله نبيا طعنة ثم قبضه فهو لذني يقوم بها من بعده وقد رأيت أن أردّه على المسلمين » والصحيح أنه باق وأنه يصرف في مصالح المسلمين لكن الامام يقوم مقام النبي ﷺ في صرفه فيما يرى فان أبا بكر قال : لأدع أمراً رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيه إلا منعه . متفق عليه، وروى عن الحسن بن محمد بن الحنفية أنه قال اختلوا في هذين السهمين يعني سهم الرسول ﷺ وسهم ذي القربى فأجمع رأيهم على أن يملوهما في الخيل والعدة في سبيل الله فكانا في خلافة أبي بكر ومهر في الخيل والعدة في سبيل الله

(فصل) وكان لرسول الله ﷺ من المغنم العنق وهو شيء يختاره من المغنم قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه وهذا قول محمد بن سيرين والشعبي وقنادة وغيرهم من أهل العلم وقال أكثرهم أن ذلك انقطع بموت النبي ﷺ قال أحمد العنق إنما كان للنبي ﷺ خاصة لم يبق بعده ولا نعلم مخالفاً لهذا إلا أبا ثور فإنه قال إن كان العنق ثابتاً للنبي ﷺ فللامام أن يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبي ﷺ ويجعله محمول سهم النبي من خمس الخمس فجاءه بن الشك فيه في حياة النبي ﷺ ومخالفة الاجماع في إبقائه بعده وموته، قال ابن المنذر لا أعلم أحداً سبق أبا ثور إلى هذا القول، وقد انكر قوم كون العنق للنبي ﷺ واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رفع وبرة من ظهر بعيره فقال « ما يحمل لي غما أنا والله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس وهو مردود عليكم » رواه سعيد . ورواه أبو داود بإسناده عن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن الله تعالى قال (واعلموا أنما غنمتم من شيء . فإن لله خمسة) ففهموه أن يأخذوا اثنين

ولنا ما روى أبو داود بإسناده أن النبي ﷺ كتب إلى بني زهير بن أقيش « إنكم إن شردتم أن لإله الا الله وأن محمداً رسول الله وأديتم الزكاة وأديتم الخمس من المغنم وسهم العنق انكم آمنون بأمان الله ورسوله » وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس وإن يعطوا سهم النبي ﷺ والعنق

الله عليه وسلم قال « المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله » أي على هلاكه ولا يلزم من الاذن في امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه موضع حاجة فيختار ما فيه الحفظ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح .

(مسألة) (قال لم يجد صاحبها ولا وكيله فله دفعها الى الحاكم سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن) لانه منبرج بماسا كما فلا يلزمه استدانتها والحاكم يقوم بمقام صاحبها عند غيبته فان أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لان غير الحاكم لا ولاية له، ويحتمل أن يجوز له ايداعها لانه قد يكون أحفظ لها واجب إلى صاحبها وان لم يقدر على الحاكم قاودعها ثقة لم يضمنها لانه موضع حاجة ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد انه

وقالت عائشة كانت صغية من العفي . رواه أبو داود ، وأما انقطاعه بعد النبي ﷺ فثبت بإجماع الامة قبل أبي ثور وبعده عليه وكون أبي بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ولا ذكره أحد منهم ولا يجمعون على ترك سنة النبي ﷺ

﴿مسئلة﴾ قال (وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الانثيين)

يعني بقوله في صلبية بني هاشم أولاده دون من يعد معهم من مواليهم وحلفائهم . وفي هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أن سهم ذي القربى ثابت بعد موت النبي ﷺ وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه وقد ذكرهم الله تعالى في كتابه من ذوي السهام ، وثبت أن النبي ﷺ كان يعطيهم فرودي جبير بن مطعم قال وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس وذكر الحديث رواه أبو داود ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير فوجب القول به والعمل بحكمه قال أحمد ثنا وكيع ثنا أبو معشر عن المقبري قال كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى فكاتب ابن عباس إنا كنا نزم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا قال أحمد أما أذهب إلى أنه لقراءة النبي ﷺ على ما قال ابن عباس هو لنا

(الفصل الثاني) أن ذا القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف دون غيرهم بدليل ماروي جبير بن مطعم قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربى من خير بن بني هاشم وبني المطلب أنبت أنا وعثمان بن عفان رسول الله ﷺ قتلنا يا رسول الله أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمساكنك الذي وضعك الله به منهم فإبال اخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركنا وإيمانهم وهم منك بمنزلة واحدة فقال إني لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام وإني بنو هاشم وبنو المطلب شيء

يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة أو مع قدرته على الحاكم
(مسئلة) (فان تمرد ذلك أودعها ثقة أودعها وأعلم بهائقة يسكن تلك الدار فان دقنها ولم يعلم بها أحداً أو أعلم بها من لا يسكن الدار ضمنها)

إذا دقنها في موضع وأعلم بهائقة يده على الموضع وكانت معاً لا يضرها الدفن فهو كإداعها عنده ، وإن لم يعلم بها أحداً ضمنها لانه قرط في حفظها فانه لا يامن أن يموت في سفره فلا تصل الى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابها آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع ، وإن أعلم بهائقة ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وكذلك إن أعلم بهائقة لا يدل على المكان لانه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

(فصل) وإن حضره الموت فحسبه حكم السفر على ما مضى من أحكامه إلا في أخذها معه لأن كل

واحد منهما سبب لخروجها عن يده

واحد وشبك بين أصابعه وفي رواية «أنهم لم يارقونا في جاهلية ولا إسلام» رواه أحمد والبخاري
فرعى لهم النبي ﷺ نصرتهم ومواقفتهم بني هاشم ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق
شيئا لأن النبي ﷺ لم يدفع إلى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئا وإنما دفع إلى أقارب أبيه ولو دفع
إلى أقارب أمه لدفع إلى بني زهرة، وخبر جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئا ولم يدفع أيضا إلى بني هاشم
وهم الزبير بن العوام وعبد الله والمهاجر ابنا أبي أمية وبنو جحش

(الفصل الثالث) أنه يشترك فيه الذكر والاشئ لدخولهم في اسم القرابة واختلفت الرواية في
قسمته بينهم فمن أحمد أنه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهو اختيار الحنفي ومذهب الشافعي
لأنه سهم استحق بقرابة الاب شرعا ففضل فيه الذكر على الاشئ كالإيراث، وبفارق الوصية وميراث
ولد الام فإن الوصية استحققت بقول المرمي وميراث ولد الام استحق بقرابة الام والرواية الثانية
يسوي بين الذكر والانثئ وهو قول أبي ثور والمزني وابن المنذر لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر
والاشئ فيها سواء. فأشبه ما لو أرمى لقرابة فلان أو وقف عليهم، ألا ترى أن الجدة يأخذ مع الاب
وابن الابن يأخذ مع الابن؟ وهذا يدل على مخالفة الميراث ولأنه سهم من خمس الخمس لجماعة ليستوي
فيه الذكر والانثئ كإيراث سهمه ويسوي بين الصغير والكبير دلي الروايتين لاستوائهم في
القرابة فأشبه الميراث.

(الفصل الرابع) أنه يفرق بينهم حيث كانوا من الامصار ويجب تعميمهم به حسب الامكان
وهذا قول الشافعي، وقال بعضهم يخص أهل كل ناحية بخمس مغزاها الذي ليس لهم مغزى سواء فما
يؤخذ من مغزى الروم لأهل الشام والعراق وما يؤخذ من مغزى الترك لمن في خراسان من ذوي
القربى لما يلحق من المشقة في نقله من المشرق إلى المغرب ولأنه يتعذر تعميمهم به فلم يجب كسائر أهل
السم، ووجه الاول أنه سهم مستحق بقرابة الاب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالإيراث، فعلى

﴿مسئلة﴾ (وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ولبس الثوب أو أخذ الودعة ليستعملها أو
ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية إلامانة ضمن لتعديده ولم يزل عنه الضمان بردها)
وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنه يمسك لها باذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي
ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جردها ثم أقر بها وبهذا يبطل ما ذكره
﴿مسئلة﴾ (فإن جردها ثم أقر بها فتلقت ضمها)

لأنه بجردها خرج عن الاستئمان عليها فلم يزل عنه الضمان بالاقرار بها لأن يده صارت يد عدوان
﴿مسئلة﴾ (فإن كسر ختم كيسها أو كانت مشدودة فخل الشد ضمن)

سواء أخرج منها شيئا أو لم يخرج لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به فان خرق الكيس فوق
(المغني والشرح الكبير) (٣٩) (الجزء السابع)

هذا يثبت الامام إلى عماله في الاقاليم وينظر كم حصل من ذلك فان استوت فيه فرق كل خمس فيمن قاربه وان اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه كاليراث، وفارق الصدقة حيث لا تنقل لان كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله والخمس يؤخذ في بعض الاقاليم فلم ينقل لأدنى إلى اعطاء البعض وحرمان البعض، والصحيح ان شاء الله أنه لا يجب التعميم لانه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين وما ذكر من بوث الامام عماله وسعائه فهو متعذر في زماننا لان الامام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الاسلام ولم يبق له جبة في الفوز ولا له فيه أمر ولان هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه، فعلى هذا يفرق كل سلطان فيما أمكن من بلاده .

(الفصل الخامس) أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء وهذا قول الشافعي وأبي ثور وقيل لاحق فيه

لغني قياسا له على بقية السهام

ولنا عموم قوله تعالى (والذي القربى) وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل ، ولان النبي ﷺ كان يعطي اقاربه كلهم وفيهم الاغنياء كالعباس وغيره ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم . وقد روى الامام أحمد في مسنده ان النبي ﷺ أعطى الزبير سها وأمه سها وفرسه سهمين، وأما أعطى أمه من سهم ذى القربى وقد كانت موسرة ولها مال ، ولانه مال مستحق باقربا فاستوى فيه الفتي والتغير كاليراث والوصية للاقارب، ولان عثمان وجبير أطلبها حقها منه وسألا عن علة منعها ومنع قرابتهما وهما وسران فعلمه النبي ﷺ بنصرة بني المطلب دونهم وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد ولو كان اليسار مائتا والفقير شرطا لم يطلبها مع عدمه ولعل النبي ﷺ منه ما يسارهما واتفا. فقرهما

﴿ مسألة ﴾ قال (والخمس الثالث لليتامى)

وم القربى لا آباء لهم ولم يبلغوا الحلم فان النبي ﷺ قال « لا يَتَمُّ بعد احتلام » قال بعض أصحابنا لا يستحقون الا مع الفقر وهو المشهور من مذهب الشافعي لان ذا الاب لا يستحق والمال أنفع من وجود الاب ولاه صرف اليهم لحاجتهم فان اسم اليتيم يطلق عليهم في العرف فارحة ومن

الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لانه ما هتك الحرز وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديمة لانه لم يتعد في غيظه

ولنا أنه هتك حرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا

ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

﴿ مسألة ﴾ (وان خلطها بما لا تتميز منه ضمنها)

إذا خلطها بما لا تتميز منه من ماله أو من مال غيره ضمنها سواء خلطها بمائها أو دونها أو أجود من جنسها أو من غير جنسها مثل أن يخلط الدرهم بدرهم أو دهنًا بدهن كالزيت أو السمن أو بغيره

كان اعطاه ذلك اعترفت الحاجة فيه، وفارق ذوي القربى فانهم استمتعوا انهم من رسول الله ﷺ تكره لهم، والغني والفقير في القرب سواء فاستوى في الاستحقاق ولم أعلم هذا نصاً عن أحد وعموم الآية يقتضي تعميمهم . وقال بعض أصحاب الشافعي له قول آخر انه لغني والفقير عموم النص في كل يتيم وقياً له على سهم ذي القربى ، ولانه لو خص به الفقير لكان دخلاً في جملة المساكين الذين هم أصحاب الهم الرابع فكان يستغنى عن ذكرهم وتسميتهم

قال أصحابنا ويفرق على الايتام في جميع الاقطار ولا يخص به أهل ذلك الموضع والقول فيه كالتقول في سهم ذي القربى وقد تقدم القول فيه

(مسئلة) قال (والخمس الرابع للمساكين)

وهم أهل الحاجة ويدخل فيهم الفقراء ، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد ههنا وفي سائر الاحكام وانما يقع التمييز بينهما اذا جمع بينهما بلنظيرين وام يرد ذلك الا في الزكاة ، وسند ذكرهم في اصنافها ، قال أصحابنا : ويعم بها جميعهم في جميع البلاد كقولهم في سهم ذي القربى واليتامى وقد تقدم قولنا في ذلك

(مسئلة) قال (والخمس الخامس لابن السبيل)

وسند ذكره أيضاً في اصناف الصدقة وعلى كل واحد منهم قدر ما يوصله الى بلده لان دفعنا اليه لـل الحاجة فأعطي بقدرها ، فان اجتمع في واحد أسباب كالمساكين اذا كان يتيم وابن سبيل استحق بكل واحد منهما لانها أسباب لأحكام فوجب أن نثبت أحكامها كما لو افردت فان اعطاه ليتمه فزال فقره لم يعط افقره شيئاً

(مسئلة) قال (وأربعة أخماس القبيح لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء الا العبيد)

لانهم خلافاً بين أهل العلم اليوم في أن العبيد لاحق لهم في القبيح وظاهر كلام أحمد والحرقي ان سائر الناس

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن القاسم ان خلط دراهم بدرهم على وجه الحرز لم يضمن وحكي عن مالك لا يضمن الا أن تكون دونها لانه لا يمكنه ردها إلا ناقصة

ولنا أنه خلطها بماله خلطاً لا يتميز فوجب أن يضمها كالمساكين وخلطها بدونها ولانه اذا خلطها بماله لا يتميز فقد قوت على نفسه امكان ردها فزومه ضاهاً كما لو ألقاها في لجة بحر فان أمره راجعاً بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لانه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه وقد نقل منها عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخلطها فخلطها فاضاعت الدراهم فلا شيء عليه، فان أمره أحدها بخلط دراهمه ولم يأمره الا آخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الاخرى، وإن اختلعت هي بغير تفریط منه فلا ضمان عليه كما لو تلفت بغير تفریطه وإن خلطها غيره

لهم حق في النفي، غنيهم وفقيرهم ذكر أحمد النفي، فقال فيه حق لكل المسلمين وهو بين الغني والفقير وقال عمر رضي الله عنه ما من أحد من المسلمين إلا له في هذا المال نصيب إلا العبيد فليس لهم فيه شيء، وقرأ عمر (ما أفتا، الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاؤا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة وابن عثمت لأتئين الراعي بسرو حجير نصيب منها لم يعرق فيها جبينه، ولأنه مال مخزوم فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة

وذكر القاضي أن أهل النفي هم أهل الجهاد من الرابطين في الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصلحهم لأن ذلك كان للنبي ﷺ في حياته، لحصول النصر والمصلحة به فلما مات هارت لجند ومن يحتاج إليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم، وأما الأعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه والذين يغزون إذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة، قال ومعنى كلام أحمد أنه بين الغني والفقير يعني الغني الذي فيه مصلحة المسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء، ويحتمل أن يكون معنى كلامه أن لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف إلى من يعود نفسه على جميع المسلمين وكذلك ينفعون بالعبور على القنابر والجسور المعتمدة بذلك المال وبالأنهار والطرق التي أصلحت به

وسياق كلامه يدل على أنه ليس مختصاً بالجند وإنما هو مصروف في مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين لأنهم أم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فافضل قدم الأثم فالأثم من عمارة الثغور وكفايتها فالأسلحة والكراع وما يحتاج إليه ثم الأثم فالأثم من عمارة المساجد والقنابر وأصلاح الطرق وكراه الأنهار وسد بثوقها وإرزاق القضاة ولأئمة ولأولادهم والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع، وللشافعي قولان كنعو بما ذكرناه، احتجوا على أن أربعة أخماس النفي كان لرسول الله ﷺ في حياته بما روى مالك بن أنس بن الحداث قال: سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلي بن عاصم إليه في أموال النبي ﷺ فقال عمر كانت أموال بني النضير مما آتاه الله على رسوله مما لم

فالضمان على من خلطها لأن العدوان منه أشبه ما لو أتلها

(مسئلة) وإن خلطها بتميز أو ركب الدابة ليسقيها لم يضمن أما إذا خلطها بما تميز منه مثل

أن خلط درام بدنانير لم يضمن

لأنها تميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق فيه أكياس له وبهذا قال الشافعي والملك ولا نعلم فيه خلافاً وكذلك الحكم إذا خلط بيضاً بسود وقد حكى عن أحمد فيمن خلط درام بيضا بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً ويغير لونها فتتقص قيمتها فإن لم يكن فيه ضرر فلا ضمان عليه وإن ركب الدابة ليسقيها أو يعلقها لم يضمن لأن ركبها لذلك مأذون فيه عرفاً وشرعاً لأنه مأذون له في سقيها كما لو أذن له في علفها والمادة أن

يوجب المسلمون عليه بخيل ولا ركاب وكان لرسول الله ﷺ خالصا دون المسلمين وكان رسول الله ﷺ ينفق منها على أهله نفقة سنة فما فضل جعله في الكراع والصلاح ثم توفي رسول الله ﷺ فويلها أبو بكر بنزل ١. بها رسول الله ﷺ ثم وليتهما مثل ما وليها رسول الله ﷺ وأبو بكر متفق عليه إلا أن فيه مجهول ما بقي أسوة المال وظاهر اخبار عمر تدل على أن لجميع المسلمين في النبي ﷺ حقا فإنه لما قرأ الآية التي في سورة الحشر قال هذه الآية استوعبت المسلمين وجعل للراعي بسرو حيرته نصيباً وقال ما أحد إلا له في هذا المال نصيب ، وأما أموال بني النضير فيحتمل أن النبي ﷺ كان ينفق منه على أهله لأن ذلك من أم المصالح بنديهم ثم جعل باقيه أسوة المال ويحتمل أن تكون أموال بني النضير اختص بها النبي ﷺ من الفيء وترك سائر له لمن سمي في الآية وهذا مبين في قول عمر وكان لرسول الله ﷺ خالصا دون المسلمين

(فصل) في اختلاف الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم في قسم الفيء بين أهله فذهب أبو بكر الصديق رضي الله عنه إلى النسوبة بينهم فيه وهو المشهور عن علي رضي الله عنه فروي أن أبا بكر رضي الله عنه سوى بين الناس في العطاء وأدخل فيه العبيد فقال له عمر يا خليفة رسول الله ﷺ أتجعل الذين جاءكوا في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم له كن إنما دخلوا في الإسلام كرها ؟ فقال أبو بكر أنا عملوا لله وأنا أجورهم على الله وأنا الدنيا بلاغ ، فلما ولي عمر رضي الله عنه فاضل بينهم وأخرج العبيد فلما ولي علي سوى بينهم وأخرج العبيد وذكر عن عثمان أنه فضل بينهم في النسمة ، فعلى هذا يكون مذهب اثنين منهم أبي بكر وعلي النسوية ومذهب اثنين عمر وعثمان التفضيل ، وروي عن أحد رجة الله عليه أنه أبجاز الاسرين جميعا على ما يراه الامام ويؤدي اجتهاده اليه فروي عن الحسن بن علي بن الحسن أنه قال للامام ان يفضل قوما على قوم ، وقال أبو بكر اختيار أبي عبد الله أن لا يفضلوا وهذا اختيار الشافعي ، وقال أبي رأيت قسم الله الموارث على العدد بكون الاخوة متفاضلين في الفناء عن الميت والصلة في الحياة والحفظ بعد المثل فلا يفضلون ، وقسم رسول الله ﷺ من الاربعة الاخماس على العدد ومنهم من يهمل غاية الفناء ويكون الفتح على يديه ومنهم من يكون محضه اما غير قائم

من يسقيها يركبها فالأذن في السقي اذن في الركوب المعتاد ولهذا لو قال لو كيله اسق الدابة فانه يفهم منه اركبها له (مسألة) وإن أخذ درهما ثم رده فضاع الكل ضمنه وحده اختاره الحنفي وعنه يضمن الجميع وجهه ذلك أن من أودع شيئا فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ لتعديده فان رده أو مثله لم يزل عنه وهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه إذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي ان لم ينفق ما أخذه ورده لم يضمن وإن أنفق ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول الا برده إلى صاحبه كالفصوب ، فأما سائر الوديعة فينظر فيه فان لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثيابا فأخذ منها واحدا ثم رده بهينه لم يضمن غيره لانه لم يتعد في غيره وكذلك

واما ضرر بالجبن والمزينة وذلك أنهم استولوا في سبب الاستحقاق وهو انتصابهم للجهاد فصاروا كالفانمين ، والصحيح إن شاء الله أن ذلك مفوض الى اجتهاد الامام يفعل ما يراه من تسوية وتفضيل لان النبي ﷺ كان يعطي الانفال فيفضل قوما على قوم على قدر غنائهم وهذا في معناه ، والمشهور عن عمر رضي الله عنه انه حين كثر عنده المال فرض للمسلمين اعطياتهم ففرض للمهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف خمسة آلاف وللأنصار من أهل بدر أربعة آلاف أربعة آلاف وفرض لأهل المدينة ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ثلاثه آلاف ولأهل الفتح الفين وقال بمن أبدا ؟ قيل له بنفسك قال لا ولكن أبدا بقرابة رسول الله ﷺ فبدأ ببني هاشم ثم ببني المطالب لقول رسول الله ﷺ «انا بنو هاشم وبني المطالب شيء واحد» ثم ببني عبد شمس لانه أخوه هاشم لا بويه ثم ببني نوفل لانه أخوه هاشم لا بيهثم الاقرب فالأقرب ، قال أصحابنا ينبغي أن يتخذ الامام ديوانا وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر اعطياتهم ويجعل لكل قبيلة عريفا فقد روى الزهري أن رسول الله ﷺ عرف عام حنين على كل عشرة عريفا وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقرابة رسول الله ﷺ على ما روي عن عمر رضي الله عنه ، ويقدم الأقرب فالأقرب ويقدم بني عبد العزى على بني عبد الدار لان فيهم أصحاب رسول الله ﷺ ولأن خديجة منهم حتى تنقضي قریش وهم بنو النضر بن كنانة ثم من بعد قریش الأنصار ثم سائر العرب ثم العجم والموالي ثم تفرض الأرزاق لمن يحتاج المسلمون اليهم من القضاة والمؤذنين والائمة والفقهاء والقراء والبرد والعيون ، ومن لا غنى للمسلمين عنه ، ثم في إصلاح الحصون والسكران والسلاح ثم بمصالح المسلمين من بناء القناطر والجسور واصلاح الطرق وكرى الانهار وسد بئرثها وصيانة المساجد ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ويخص ذا الحاجة

(فصل) قال القاضي ويعرف قدر حاجتهم يعني أهل العطاء وكفايتهم ويزداد ذو الولد من أجل ولده ، وذو الفرس من أجل فرسه ، وإن كان له عبيد لمصالح الحرب حسب مؤونتهم في كفايته ، وإن كانوا لزينة أو تجارة لم يدخلوا في مؤونته ، وينظر في أسعارهم في بلدانهم لان أسعار البلدان تختلف

ان رد بدله متميزا لما ذكرنا وان لم يكن متميزا فظاهر كلام الحرقى أنه لا يضمن غيره لان التعدي اختص به فاختص الضمان به وخاط المزدود بغيره لا يقتضي ضمان الجميع لانه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما اذا خلطه بغيره ، ولو أذن له صاحب الوديعة في الاخذ منها ولم يأمره برده بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كردد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي يضمن السائل وهو قول الشافعي لانه خلط الوديعة بما لا تتميز منه فضمن السائل كما لو خلطها بغير البدل ، وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس ، وان كانت الدراهم في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمنها وقد ذكرناه

(فصل) وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان فان ردها

والفرض الكفاية ، ولهذا تهبر القدرية والولد فيختلف عطاؤم لاختلاف ذلك وإن كانوا سواء في الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وإنما تتفاضل كفايتهم ويعطون قدر كفايتهم في كل عام مرة ، وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية ، فأما من يرى التفضيل فإنه يفضل أهل السوابق والمغني في الاسلام على غيرهم بحسب ما يراه كما أن عمر فضل أهل السوابق فقسم اقوم خمسة آلاف ولا آخرين أربعة آلاف ولا آخرين ثلاثة آلاف ولا آخرين ألفين ولم يقدر ذلك بالكفاية

(فصل) والعطاء الواجب لا يكون إلا لبائع يطبق مثله القتال ، ويكون عاقلاً حراً بصيراً صحيحاً ليس به مرض يمنعه القتال فإن مرض الصحيح مرضاً غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه ، وإن كان مرضاً مرجو الزوال كالجذام والصداع والبرص لم يسقط عطاؤه لأنه في حكم الصحيح الا ترى أنه لا يستتبع في الحج كالمصحيح وإن مات بعد حلول وقت العطاء دفع حقه إلى ورثته ، ومن مات من أجناد المسلمين دنع إلى زوجته وأولاده الصغار قدر كفايتهم لأنه لو لم تعط ذريته بعده لم يجرّد نفسه للقتال لأنه يخفق على ذريته الضياع فإذا علم أنهم يكفون بعد موته سهل عليه ذلك ولهذا قال أبو خالد الهذلي .

لقد زاد الحياة إلى حيا بنائي ابن من الضعاف
مخافة أن يرين القبر بمدى وأن يشرين رنقا بعد صاف
وأن يعزبن أن كسي الجوارى فيثنوا العين عن كرم عجاف
ولولا ذاك قدسوت مهري وفي الرحمن للضعفاء كاف

وإذا بلغ ذكور اولادهم واختاروا أن يكونوا في المقاتلة فرض لهم وإن لم يختاروا تركوا ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء

صاحبها إليه فهو ابتداء استئمان وإن لم يردها إليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان برىء في ظاهر المذهب لان الضمان حقه فإذا أبرأه منه برىء كما لو أبرأه من دين في ذمته وإذا جدد له استئماناً فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان وقد قال أصحابنا إذا رهن المضمون عند الفاسد أو أودعه عنده زال عنه ضمان النصب فهنا أولى

(مسألة) (وإن أودعه صبي ودبته ضمنها ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه)

وجملة ذلك أنه لا يصح الابداع الا من جائز التصرف فإن أودع طفل أو متوه السبأاً ودبته ضمنها بقبضها لأنه أخذ ماله بغير إذن شرعي أشبه ما لو غصبه ، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر في ماله ، فإن كان الصبي مميزاً صح ابداعه لما أذن له في التصرف فيه لأنه كالبايع بالنسبة إلى ذلك فإن خاف أنه إذا لم يأخذه منه أتلفه لم يضمنه بأخذه لأنه قصد تخليصه من الهلاك فلم يضمنه كما لو وجدته في سيل فأخرجه منه

(مسئلة) قال (وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الواقعة للرجال سهم وللنساء ثلاثة

أسهم الا ان يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان ، سهم له وسهم لهجينه)

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للفائزين وقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم لانه اضافها اليهم ثم أخذ منها سهماً لغيرهم فبقي سائرهما لهم كقوله تعالى (وورثه أبواه فلاؤه الثلث) وقال عمر رضي الله عنه : الغنيمة لمن شهد الواقعة. وذهب جمهور أهل العلم إلى أن الرجال سهماء والنساء ثلاثة أسهم ، وقال أبو حنيفة للفارس سهمان وخالفه أصحابه فوافقوا سائر العلماء ، وقد ثبت عن ابن عمر أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم : سهم له وسهمان لفارسه متفق عليه ، وقال خالد الحذاء انه لا يختلف فيه عن النبي ﷺ أنه أسهم للفارس سهمين ولصاحبه سهماً وللراجل سهماً ، والمهجن من الخيل هو الذي أبوه عربي وأمه غير عربية ، والمقرع عكس ذلك وهو الذي أبوه غير عربي وأمه عربية ، ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير :

وما هند الا مهرة عربية سائلة أفراس تحملها بغل

فان ولدت مهراً كريماً فالعربي وان يك أقراف فما أنجب الفحل

وأراد الخرق بالمهجن هنا ما عدا العربي من الخيل من البراذين وغيرها ، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن البراذين اذا أدركت مثل العرب فاما مثل سهمها وذكر القاضي رواية أخرى فيما عدا العرب من الخيل لا يسهم لها وفي هذه المسئلة اختلاف كثير وأدلة على كل قول آخرنا ذكرها الى باب الجهاد فان المسئلة المذكورة فيه وهو أليق بها ان شاء الله تعالى

(مسئلة) قال (والصدقة لا يجاوز بها الثمانية الاصناف التي سمي الله عز وجل)

يعني قول الله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين فيها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) وروي أن رجلاً قال يا رسول

(مسئلة) (وان أودع الصبي أو المعتوه ودية قتلته بتفريطه لم يضمن فان أتلها أو أكلها ضمنها في قول القاضي)

وظاهر مذهب الشافعي ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لانه سلطه على أتلها بدفعها اليه فلا يلزمه ، الا ترى أنه اذا دفع الى صغير سكيناً فوقم عليها كان ضمانه على عاقلة ولنا أن ما ضمن بأتلها قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبائع ولا يصح قولهم انه سلطه على أتلها وانما استحفظه إياها ، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه

(مسئلة) (وان أودع عبداً ودية فأتلها خرج على الوجين في الصغير)

إذا تلقت الوديعة فان قلنا لا يضمن الصبي كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته .

الله أعطني من هذه الصدقات فقال له رسول الله ﷺ « ان الله لم يرخص بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فان كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك » والمراد بالصدقة ههنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والتذورات والوصايا ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة الى غير هذه الأصناف الاماروي عن عطاء والحسن أنها قالوا ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضية والاول أصح وذلك لان الله تعالى قال (انما الصدقات) وانما المحصر ثبت المذكور وتنفي ماعده لانها مركبة من حرفي نفي واثبات فجري مجرى قوله تعالى (انما الله إله واحد) أي لا إله الا الله ، وقوله تعالى (انما أنت منذر) أي ما أنت إلا نذير ، وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعنت »

(مسألة) قال (الفقراء وهم الزمى والمكافئ الذين لا حرفة لهم والحرفة الصناعة ولا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب والمساكين وهم السؤل وغير السؤل ومن لهم الحرفة الا أنهم لا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب)

الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد في سائر الاحكام لان كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما ، فأما اذا جمع بين الاسمين وميز بين المسميين تميزا وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل ان الله تعالى بدأ به واما يبدأ بالأمم فالأمر بهذا قال الشافعي والاصمعي وذهب أبو حنيفة الى أن المسكين أشد حاجة وبه قول الفقهاء وثعلب وابن قتيبة لقول الله تعالى (أو مسكينا ذا متربة) وهو المطروح على الزراب أشدة حاجته وأشدوا

أما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له شئ

فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله

(فصل) واذا اودعه شيئا ثم سأله دفعه اليه في وقت امكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف ضمنه ولا نعلم خلافا في وجوب رد الوديعة على مالكها اذا طلبها فأمكن اداؤها اليه بغير ضرورة وقد امر الله تعالى بذلك فقال تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقال رسول الله صلى الله عليه « أد الامانة الى من اتمنك ولا تخن من خانتك » يعني عند طلبها ولا تهاحق للمالك لم يتعلق بها حق غيره فلزم اداؤها اليه كالفصوب والدين الحال فان امتنع من دفعها في هذه الحال قتلت ضمنها لانه صار غاصبا لانه امسك مال غيره بغير اذنه بفعل محرم اشبه الفاصب فلما ان طلبها في وقت لم يمكن دفعها لبعدها او لخافة في طريقها او للعجز عن حملها او غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لان الله تعالى لا يكاف نفسا الاوسعها فان تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وان قال امهلوني حتى اقضي صلاتي أو آكل فاني جائع أو أناام فاني ناعس أو يهضم عني الطعام فاني ممتليء امهل بقدر ذلك

(الجزء السابع)

(٤٠)

(المنفي والشرح الكبير)

ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أهم ، وقال تعالى (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر) فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها ، ولأن النبي ﷺ قال « اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً واحشرني في زمرة المساكين » وكان يستعين من الفقر ولا يجوز أن يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعين من حالة أصلح منها ولأن الفقر مشتق من فقر الظاهر فمفعول أي مفعول وهو الذي يرعب فقره ظهره فانتطم صاحبه قال الشاعر :

لما رأى لبد الذنور تطايرت رفع القوادم كالنقير الأعزل

أي لم يطلق الطيران كالذي انتطم صاحبه والمسكين مفعول من السكون وهو الذي أسكنته الحاجة ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن ، فأما الآية فهي حجة لنا فإن نعت الله تعالى للمسكين بكونه ذميمة يدل على أن هذا الذم لا يستحقه باطلاق اسم المسكنة كما يقال ثوب ذو علم ويجوز التعبير بالمسكين عن الفقير بقرينة وبغير قرينة والشعر أيضا حجة لنا فإنه أخبر أن الذي كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبيل نصار فقير لا شيء له إذا تقرر هذا فالنقير الذي لا يقدر على كسب ما يقع موقعه من كفايته ولا له من الاجرة أو من المال الدائم ما يقع موقعه من كفايته ولا له شيء من درهما ولا قيمتها من الذهب مثل الزنبي والمكائيف وهم العميان سموا بذلك لكف أبصارهم لأن هؤلاء في الغالب لا يقدرون على اكتساب ما يقع موقعه من كفايتهم وربما لا يقدرون على شيء أصلا قل الله تعالى (الفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربا في الأرض يحرمهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس إلحافا) ومعنى قولهم يقع موقعه من كفايتهم أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خمسة فإزاد ، والذي لا يحصل له إلا ما لا يقع موقعه من كفايته كالذي لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها فهذا هو الفقير والاول هو المسكين فيعطي كل واحد منهما ما يتم به كفايته وتسد به حاجته لأن الله صود دفعها واغناء صاحبها ولا يحصل إلا بذلك والذي

(فصل) وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها الى ربه إذا كانت مما حملها مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لانه قبض الدين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الترامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وانما عليه التمكن من اخذها فان سافر بها بغير إذن ربه ردها الى بلدها لانه بعدها بغير إذن ربه فلزمه ردها كالفاسب

(فصل) اذا مات الرجل وثبت ان عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه تنرم من تركته فان كان عليه دين سواها فمما سواه ان وقت تركته بها والا اقتسماها بالخصم وبه قال الشعبي والنخعي وداود وابن ابي هند ومالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه واسحاق وروى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وظاوس والزهري وابو جعفر محمد بن علي وروى عن النخعي الامانة قبل الدين وقال الحارث العكلي الدين قبل الامانة

يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويقضى عن السؤال فان قيل فقد قال النبي ﷺ « ليس المسكين بالطواف الذي ترده القمعة والقمتان ولكن المسكين الذي لا يسأل الناس ولا يتطعن له فيتصدق عليه » قلنا هذا نجرز وانما في المسكنة عنه مع وجودها فيه حذية مبالغة في اثباتها في الذي لا يسأل الناس كما قال عليه السلام « ليس الشديد بالصرعة وانما الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب » وقال « مانعون الرقوب فيكم ؟ » قالوا الذي لا يعيش له ولد نال « لا ولكن الرقوب الذي لم يقدم من ولده شيئا » وقال « مانعون المغلس فيكم ؟ » قالوا الذي لا درهم له ولا متاع قال « لا ولكن المغلس الذي يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال وبأني وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حتى اذا نفدت حسناته أخذ من سيئاتهم فطرحته عليه ثم يهلك » صك الى النار »

(فصل) ومن كان ذا مكسب يغني به نفسه وعياله ان كان له عيال أو كان له قدر كفايته في كل يوم من أجر عقار أو غلة مملوك أو سائمة فهو غني لا حق له في الزكاة وبهذا قال ابن عمر والشافعي وقال أبو حنيفة ان لم يملك نصيبا فله الاخذ منها لقول النبي ﷺ « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » فجعل الغني من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب ولان هذا لا يملك نصيبا ولا قيمته فجاز له الاخذ كالذي لا كفاية له

ولنا ما روي عبد الله بن عدي بن الحيار أن رجلا من أنبياء رسول الله ﷺ وهو يجمع الصدقة فسأله شيئا منها فصد به صر فيهما وقال لها « ان مئتما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب » رواه أبو داود ورواه الامام أحمد عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله وقال هذا أجودهما إسنادهما أجوده من حديث ما أعلم روي في هذا أجود من هذا قيل له فالحديث عن النبي ﷺ « لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي » قال لا أعلم فيه شيئا يصح قيل له يرويه سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال سالم لم يسمع من أبي هريرة . والنبي يختلف فنه غني يوجب

ولنا انها حقان وجبا في ذمته فتسأوا كلاثنين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا اذا أقر المودع ان عندي وديعة أو على وديعة لفلان ام ثبتت بينة انه مات وعنده وديعة فأما ان كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت ؟ فقيه وجهان (أحدهما) وجوب ضمانها لان الوديعة يجب ردها الآن ثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولان الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد (وإثاني) لضمان عليه لان الوديعة أمانة والاصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى واحدا الوجهين لصحاب الشافعي والاول ظاهر المذهب لان الاصل وجود الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من رد أو تلف أو اذن في

الزكاة وغنى بمنم أخذها وغنى بمنم المسئلة ويخالف ما قاسوا عليه هذا فإنه محتاج إليها والصدقة أوساخ الناس فلا يباح الا عند الحاجة إليها وهذا الختلاف فيه لاحاجة به إليها فلا يباح له
(فصل) وان كان الرجل صحيحاً جلدراً وذكر أنه لا كسب له أعطي منها وقبل قوله بغير بمنم إذا لم يعلم بقرينة كذبه ولا يحلفه لان النبي ﷺ أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يحلفها ، وفي بعض رواياته انه قال أتينا النبي ﷺ فسألناه من الصدقة فعمد فينا البصر وصوبه فوأننا جلدتين فقال « ان شئنا أعطيتكما » وذكر الحديث

(فصل) فان ادعى ان له عيالا فقال القاضي وأبو الخطاب يقلد ويعطي لهم كما يقلد في دعوى حاجته ، قال ابن عقيل عندي لا يقبل قوله إلا بينة لان الاصل عدم العيال ولا تتعذر إقامة البينة عليه وفارق ما إذا ادعى انه لا كسب له فإنه يدعي ما يوافي الاصل لان الاصل عدم الكسب والمال وتتعذر عليه إقامة البينة عليه . ولو ادعى الفقر من عرف بالغنى لم يقبل قوله إلا بينة تشهد بأن ماله تلف أو نفذ لاروي أن النبي ﷺ قال « لا نحل المسئلة إلا للثلاثة رجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحسنى من قومه لند أصابت فلانا فاقة فأتت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش - أو سدادا من عيش » وهل يعتبر في البينة على الفقر ثلاثة أو يكفني باثنين ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكفي إلا ثلاثة لظاهر الخبر (والثاني) يقبل قول اثنين لان قولهما يقبل في الفقر بالنسبة الى حقوق الآديين المبنية على الشح والضيق ففي حق الله تعالى أولى والخبر انما ورد في حل المسئلة فيتمسك عليه وان لم يعرف له مال قبل قوله ولم يستحلف لان النبي ﷺ لم يستحلف الرجلين اللذين رآهما جلدتين ، فان رآه متجملا قبل قوله أيضا لانه لا يلزم من ذلك القتي بدليل قول الله تعالى (يحسبهم الجاهل أغنياء من التعنت) لكن ينبغي أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة لا يكون ممن لا نحل له الزكاة . وان رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتاج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولا أن ما يدفعه اليه زكاة

دفعها الى انسان اذا ادعى المستودع تلف الوديعة فالقول قوله بغير خلاف قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان المودع اذا احرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت ان القول قوله وقال اكثرهم مع يمينه وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه وبه قال الثوري والشافعي واصحاب الرأي واسحاق وبه قال مالك ان كان دفعها اليه بغير بينة وان كان أودعه اياها بينة لم يقبل قوله في الرد إلا بينة وحكام القاضي ابو الحسين رواية عن احمد

ولنا انه امين لا منتمه له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو اودع بغير بينة وان قال دفعها الى فلان بامر فأنكر مالكها الاذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه احمد في رواية ابن منصور وهو قول ابن ابي ليلى وقال مالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي القول قول المالك لان الاصل عدم الاذن وله تضمينه

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته الي رجل هل يقول له هذه زكاة ؟ فقال يعطيه ويسكت ولا يقرعه فاكتمى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه
(فصل) وإذا كان الرجل بضاعة يتجر بها أو ضيعة يستغلها تكفيه غلها له ولعيله فهو غني لا يعطى من الصدقة شيئاً وإن لم تكفه جاز له الأخذ منها قدر ما يتم به الكفاية وإن كثرت قيمة ذلك وقد تقدم ذكر ذلك في الزكاة

مسئلة قال (والعاملين على الزكاة وهم الجبابة لها والحافظون لها)

يعني العاملين على الزكاة وهم المصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يبعثهم الامام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يبعثهم ممن يسوقها ويرعاها ويحاسبها وكذلك الحاسب والكاتب والسكّال والوزان والمداد وكل من يحتاج اليه فيها فإنه يعطى أجرته منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعلمها وقد كان النبي ﷺ يبعث على الصدقة سعاة يعطيهم مما لهم فبعث عمر ومعاذاً وأبا موسى ورحلاً من بني مخزوم وابن القتيبة وغيرهم وطلب منه ابن عمه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يبعثا فقالا يا رسول الله لو بعثتنا على هذه الصدقة فنصيب ما يصبب الناس ونؤدي اليك ما يؤدي الناس فأنى أن يبعثا وقال «إن هذه الصدقة أوصاخ الناس» وهذه قصص اشتهرت فصارت كالتواتر وليس فيه اختلاف مع ما ورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل .

(فصل) ومن شرط العامل أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً لأن ذلك ضرب من الولاية والولاية تشترط فيها هذه الخصال ولأن الصبي والمجنون لا قبض لهما والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ويشترط اسلامه واختار هذا القاضي وذكر أبو الخطاب وغيره أنه لا يشترط اسلامه لأنه اجارة على عمل فجاز أن يتولاه الكافر كجبابة الخراج . وقيل عن أحمد في ذلك روايتان

ولنا انه ادعى دفناً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ولو اعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ينظر في المدفوع اليه فان أقربا لقبض وكان الدفع في دين فقد بريء الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه وقد ذكر اصحابنا أن الدافع يضمن لسكوله قضى الدين بغير يمين ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لأن المدفوع مفترط لكونه اذن له في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج الي يمينه لأن المدفوع يقبل قوله في النقص والرد فلا فائدة في الاشهاد عليه فعلى هذا يحلف المدفوع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالكها وإن ادعى عليه خيانة أو قرضاً فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل عدم ذلك اشبه الوكيل

ولنا أنه يشترط له الأمانة فاشترط له الإسلام كالكهانة ، ولأنه ولاية على المسلمين فلم يجوز أن يتولاها الكافر ككثير الولايات ولأن من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي ولأن الكافر ليس بأمين ولهذا قال عمر لا تأمنوهم وقد خونهم الله تعالى وقد أنكر عمر على أبي موسى توليته الكتابة نعمانيا فالزكاة التي هي ركن الإسلام أولى ، ويشترط كونه من غير ذوي القربى إلا أن يقدم إليه أجرته من غير الزكاة ، وقال أصحابنا يجوز له الأخذ منها لأنها أجرة على عمل تجوز للفني فجازت لذوي القربى كأجرة النقال والحافظ وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

ولنا حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سألا النبي ﷺ أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال « إنما هذه الصدقة أوساخ الناس وإنما لا تحمل للمحمد ولا لآل محمد » وحديث أبي رافع أيضا وهذا ظاهر في تحريم أخذهم العمالة فلا تجوز مخالفتهم ، ويفارق النقال والحمل والرأى فإنه يأخذ أجره لجهله لا لعماله ، ولا يشترط كونه حرا لأن العبد يحصل منه المقصود كالحرة فجاز أن يكون عاملا كالحرة ، ولا كونه فقيها إذا كتب له ما يأخذه وحده كما كتب النبي ﷺ لعماله فرائض الصدقة وكما كتب أبو بكر لعماله أو يمث معه من يعرفه ذلك ، ولا كونه نقيرا لأن الله تعالى جعل العامل صنفا غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجوده معها فيه كما لا يشترط منه فيهما وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا تحمل الصدقة لفني إلا لحاجة : إما في سبيل الله أو لعامل عليها ورجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين إلى الفني » رواه أبو داود . وذكر أصحاب الشافعي أنه تشترط الحرية لأن العمالة ولاية فنافاها الزق كالفناء ، ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته

ولنا ما ذكرناه ولأنه منافاة الرق للولايات الدينية فإنه يجوز أن يكون إماما في الصلاة ومفتيا وراويا للحديث وشاهدا ، وهذه من الولايات الدينية . وأما الفقه فإما يحتاج إليه لمعرفة ما يأخذه ويتركه ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم

مسئلة (وإن قال لم تودعني ثم أقر بها أو ثبتت بينة ثم ادعى الرد أو التلّف لم يقبل قوله وإن أقام بينة ويحتمل أن تقبل بينته)

إذا ادعى على رجل ودية فأنكر ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعني وهلك من حرزي لم يقبل قوله وعليه ضمانها وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لا ينكره الأول ومعتوف على نفسه بالكذب المتأني للأمانة وإن أقر صاحبها له تلّفها من حرزه قبل جحدتها فلا ضمان عليه وإن أقرها تلّف بعد جحوده لم يسقط عنه الضمان لأنه خرج بجحوده عن الأمانة فصار ضامنا كمن طوّل بالودية فامتنع من ردها وكذلك إن أقام بينة بتلفها بعد الجحود لذلك وإن شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز قبل تسميع بينته فيه وجهان (أحدهما) لا تسمع لأنه مكذب لما ينكره (والثاني) تسمع

(فصل) والامام مخير بين أن يستأجر التعامل اجارة صحيحة بأجر معلوم اما على مدة معلومة واما على عمل معلوم وبين أن يجعل له جعلاً معلوماً على عمله فاذا عمله استحق المشروط وان شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه فان عمر رضي الله عنه قال بعثني النبي ﷺ على الصدقة فلما رجعت علماني فقلت اعطه من هو أحوج مني وذكر الحديث فان تلفت الصدقة في يده قبل وصولها الى أربابها من غير تفريط فلا ضمان عليه ويستحق أجره من بيت المال وان لم تلف أعطي أجر عمله منها وان كان أكثر من غنما أو أقل ثم قسم الباقي على أربابه لان ذلك من مؤنتها فخرى محرى علفها ومدادواتها، وان رأى الامام اعطاه أجره من بيت المال أو يجعل له رزقاً في بيت المال ولا يعطيه منها شيئاً فعل وان تولي الامام أو الوالي من قبله أخذ الصدقة وقسمتها لم يستحق منها شيئاً لانه يأخذ رزقه من بيت المال »

(فصل) ويجوز للامام أن يولي الساعي جبايتها دون تفرقتها ويجوز أن يولي جبايتها وتفرقتها - فان النبي ﷺ ولى ابن ابي شيبة تقديم بصدقة على النبي ﷺ فقال هذا لكم وهذا أمدي إلي وقال لقيصة « أقم ياقيصة حتى تأتينا الصدقة فأمرك بهاء وأمر معاذاً أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم . وروى أن زياداً ولى عمران بن حصين الصدقة فلما جاء قبل له أن المال ؟ قال أو للدال بعثني أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله ﷺ ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ ورواه أبو داود ، وعن أبي جحيفة قال أتانا مصدق النبي ﷺ وأخذ الصدقة من أغنيائنا فوضعها في فقرائنا وكنت غلاماً يتيماً فأعطاني منها قلوفاً . أخرجه الترمذي

« مسألة » قال (وللمؤلف قلوبهم وهم المشركون المتألفون على الاسلام)

هذا الصنف الرابع من اصناف الزكاة والمستحقون لها ، وقال أبو حنيفة انقطع عنهم وهو أحد أئوال الشافعي لما روي أن مشركاً جاء يلتمس من عمر مالا فلم يعطه وقال (من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا شيئاً من ذلك ، ولان الله تعالى أظهر الاسلام

لان صاحبها لو اقر بذلك سقط عنه فتسمع البيعة به فان شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا يتفني بامر متردد

« مسألة » (وان قال مالك عندي شيء قبل قوله في الرد والتلف) اذا قامت بينة بالبدايع واقربه المودع بعد قوله مالك عندي شيء اولاً حق لك علي ثم قال ضاعت من حرزي كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ما شهدت به البيعة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه لا شيء لما لكها عنده ولا يستحق عليه شيئاً

(فصل) فان نوى الخيانة في الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل ذلك لم يضر ضماناً لانه لم

وقم المشركين فلا حاجة بنا الى التأليف . وحكى حنبل عن أحمد أنه قال المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب على خلاف ما حكمه حنبل وأصل معنى قول أحمد انقطع حكمهم أي لا يحتاج اليهم في الغالب أو أراد أن الائمة لا يعطونهم اليوم شيئاً ، فأما ان احتاج اليهم جاز الدفع اليهم فلا يجوز الدفع اليهم إلا مع الحاجة

ولنا على جواز الدفع اليهم قول الله تعالى (والمؤلفة قلوبهم) وهذه الآية في سورة براءة وهي آخر ما نزل من القرآن على رسول الله ﷺ وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين وأعطى أبو بكر عدي بن حاتم وتد قدم عليه بثلاثمائة جمل من ابل الصدقة ثلاثين بهيراً ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله وأطراحها بلا حجة لا يجوز ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان اعطاء المؤلفة ولعلمهم لم يحتاجوا الى اعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة اليه لالاسقوطه

(فصل) والمؤلفة قلوبهم ضربان : كفار ومسلمون وهم جميعا السادة المطاعون في قلوبهم وعشائرم فالكفار ضربان (أحدهما) من يرجى اسلامه فيعطى لتقوى نيته في الاسلام وقيل نفسه اليه فيسلم فان النبي ﷺ يوم فتح مكة أعطى صفوان بن أمية الامان وامانة نظره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره وخرج معه الى حنين فلما أعطى النبي ﷺ العطايا قل صفوان مالي ؟ فأوما النبي ﷺ الى واد فيه ابل بمحلة فقال « هذا لك » فقال صفوان ان هذا عطاء من لا يخشى الفقر

(والضرب الثاني) من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غيره معه ، وروي عن ابن عباس ان قوما كانوا يأتون النبي ﷺ فان اعطاهم مدحوا الاسلام وقالوا هذا دين حسن وإن منهمم ذنوا وعابوا ، وأما المسلمون فأربعة اضرب (قوم) من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة في الاسلام فاذا اعطوا رجي اسلام نظرائهم وحسن نياتهم فيجوز اعطاؤهم لان ابا بكر أعطى عدي بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نيتهما واسلامهما

(الضرب الثاني) سادات مطاعون في قلوبهم يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم وخصاصتهم في الجهاد

يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كالموئنة وقال ابن شريح يضمن لانه امسكها بنية الخيانة فضمنها كاللقطة بقصد التملك

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها ما لم تتكلم به أو تعمل به » ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وقارق الملتقط بقصد التملك فانه عمل بها باخذها ناوياً للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المتوحي لا بمجرد النية ولو التقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كمثلتنا وان اخرجها بنية الاستعمال فلم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو اخرجها لتقلها لم يضمنها ولاناه تعدى باخراجها اشبه ما لو استعملها بخلاف ما اذا تقلها

فانهم يعطون لان النبي ﷺ أعطى عيينة بن حصن والافرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة وقال للانصار « يا معشر الانصار علام تأسون على لماعة من الدنيا تألفت بها قوما لا إيمان لهم وروكلتكم الى إيمانكم؟ »

وروى البخاري بإسناده عن عمرو بن تغلب أن رسول الله ﷺ أعطى ناسا وترك ناسا فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « اني أعطي ناسا وأدع ناسا والذي أدع أحب إلي من الذي أعطي ، أعطي ناسا لما في قلوبهم من الجزع والملم وأكل ناسا الى ما في قلوبهم من الغنى والخير منهم عمرو بن تغلب ؟ وعن أنس قال حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله ﷺ يعطي رجلا من قريش مائة من الإبل فقال ناس من الانصار ينفروا الله لرسول الله ﷺ يعطي قريشا وبمنعنا وسيرفنا تقطر من دماهم فقال رسول الله ﷺ « اني أعطي رجلا حديثا عهد بكفر أنا لفهم » متفق عليه

(الضرب الثالث) قوم في طرف بلاد الاسلام اذا أعطوا دفعوا عن يايهم من المسلمين
(الضرب الرابع) قوم اذا أعطوا أجبوا لزكاة ممن لا يطهاها إلا أن يخاف وكل هؤلاء يجرز الدفم
اليهم من الزكاة لانهم من المؤلفه فليهم فيدخلون في عموم الآية

مسئلة قال (وفي الرقاب وهم المكاتيبون)

لانهم بين أهل العلم خلافا في ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف المذهب في أن المكاتيبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة اليهم ، وهو قول الجمهور وخالفهم مالك فقال : إنما يصرف سهم الرقاب في اعتاق العبيد ولا يجزي ان يعان منها مكاتب وخالف أيضا ظاهر الآية لان المكاتب من الرقاب لانه عبد واللفظ عام فيدخل في عمومه إذا ثبت هذا فإنه يدفع الى المكاتب هجيم ما يحتاج اليه لوفاء كتابته فان لم يكن معه شيء جاز أن يدفع اليه جميعها وإن كان معه شيء له يتم ما يتخلص به لان حاجته لا تندفع إلا بذلك ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء لانه مستغن عنه في وفاء الكتابه قيل ولا يدفع اليه بحكم الفقر شيء لانه عبد ويجوز أن يدفع اليه في كتابته قبل حلول النجم لثلا يحل النجم ولا شيء معه فتتفسخ الكتابة ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء لانه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب إنه مكاتب إلا ببينة لان الأصل عدمها فان صدقه السيد ففيه وجهان :

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات المودع قاعدى وارثه التسليم لم يقبل الا ببينة) لان صاحبها لم يأت منه عليها فلا يقبل قوله عليه بخلاف المودع فانه ائتمنه فقبل قوله بغير بينة

﴿ مسئلة ﴾ (فان تلفت عنده قبل امكان ردها لم يضمها)

(الجزء السابع)

(٤١)

(الغني والشرح الكبير)

(أحدهما) : يقبل لان الحق في العبد لسيد فإذا أقر بانتقال حقه عنه قبل . و (اثنائي) : لا يقبل لانه منهم في أنه يواطئه ليأخذ به المال .

(فصل) ويجوز لسيد دفع زكاته الى مكانه لانه قد صار له في باب المعاملة كالاجنبي حتى يجري بينهما الربا فصار كالقرم يدفع زكاته الى غريمه ويجوز للسكاتب ردها الى سيده بحكم الوفاء لانها رجعت اليه بحكم الايفاء أشبه ايفاء الغريم دينه بها قال ابن عقيل ويجوز دفع الزكاة الى سيد المسكاتب وفاء عن الكتابة وهو الاولى لانه أعجل لعنته وأوصل الى المقصود الذي كان الدفع من أجله فانه اذا أخذ المسكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه .

ونقل حنبل انه قال قال سفيان لا تعطي مكاتبك من الزكاة قال وصمعت أبا عبد الله يقول : وأنا أرى مثل ذلك .

وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل : أيعطى المكاتب من الزكاة ؟ قال : المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى ؟ ومعناه والله أعلم لا يعطى مكانه من الزكاة لانه عبده وماله يرجع اليه ان عجز وان عتق فله ولاؤه ولا تقبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له

❦ مسألة ❦ قال (وقد روي عن عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في جواز الاعتاق من الزكاة فروي عنه جواز ذلك ، وهو قول ابن عباس والحنن والزهري ومالك واسحاق وأبي عبيد والعباسي وأبي ثور لعموم قول الله تعالى (وفي الرقاب) وهو متناول لقن بل هو ظاهر فيه فن الرقبة اذا أطلقت انصرفت اليه كقوله تعالى (فتحرير رقبة) وتقدير الآية وفي اعتاق الرقاب ولانه اعتاق الرقبة تجاز صرف الزكاة فيه كدفعه في الكتابة والرواية الاخرى لا يجوز وهو قول ابراهيم والشاذلي لان الآية تقتضي صرف الزكاة الى الرقاب كقوله (في سبيل الله) يريد الدفع الى المجاهدين كذلك هنا والعبد لقن لا يدفع اليه شيء . قال احمد في رواية أبي طالب قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن إياه اليوم ولانه يجر الولاء وفي موضع آخر قبل له فما يوجبك من ذلك ؟ قال : يعين من ثمنها فهو أسلم

وقد روي نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبير فانهما قالا : لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة ، لكن يعطى منها في رقبة ويعين مكاتباً ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباها . لانه اذا اعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فمكانه صرف الزكاة الى نفسه

لانه لا تفرط منه ولا تعد وان كان بعد الامكان فتلفت ففيه وجهان (أحدهما) يضمها لتأخر ردها مع امكانه والآخر لا يضمها لانه غير متعد في اثبات يده عليها انما حصلت في يده بغير فعله (فصل) اذا مات المودع وعنده ودعة معلومة بغيرها فعلى وارثه تمكين صاحبها من أخذها فان لم

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحد رجم عن القول بالاعتاق من الزكاة وهذا والله أعلم من أحد أما كان على سبيل الورع فلا يقتضي رجوعاً لأن العلة التي تملك بها جر الولاء ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع إذا باعتقه من الزكاة (فصل) ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذي رحم محرم فإن فعل عتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة .

وقال الحسن لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لأن دفع الزكاة لم يحصل إلى أبيه وإنما دفع الثمن إلى بائعه ولنا أن نعم زكاته ما دنا إلى أبيه فلم يجوز كما لو دفعها إليه ولأن عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم فلم يجوز أن يحسب له به عن الزكاة كمنفعة أقاربه ، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجوز لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما تنجب الزكاة فيه ولو أعتق عبداً من عبده للتجارة لم يجوز لأن الواجب في بيعهم لا في عيهم (فصل) ويجوز أن يشتري من زكاته أيراً مسلماً من أيدي المشركين لأنه فك رقبة من الأمر فهو كفك رقبة العبد من الرق ولأن فيه اعزازاً للدين فهو كصرفه إلى المؤتلفة قلوبهم ولأنه يذهب به إلى الأسير لفك رقبته فأشبه ما يدفعه إلى الفارم لفك رقبته من الدين .

(مسئلة) (قال فما رجع من الولاء رد في مثله)

يعني يعتق به أيضاً ، وبهذا قال الحسن وإسحاق وقال أبو عبيد الولاء للمعتق لنول النبي ﷺ «أما الولاء لمن أعتق» وقال مالك ولاؤه لساير المسلمين لأنه مال لا مستحق له أشبه مال من لا وارث له ، وقال المنبري يجعله في بيت المال للصدقات لأن عتقه من الصدقة فلاؤه يرجع إليها ، ولأن عتقه بماله هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى في الشراء والاعتاق فلم يكن الولاء له كما لو توكل في الاعتاق وكالساعي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها ، ولأن الولاء أثر الرق ، وقائدة من المعتق فلم يجوز أن يرجع إلى المزي لأفضائه إلى أن ينتفع بزكاته ، وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الولاء له وقد سبق ذلك في باب الولاء .

(فصل) ولا يعقل عنه اختياره للخلل وعن أحمد رواية أخرى أنه يعقل عنه اختيارها أبو بكر لأنه معتق فيعقل عنه كالذي أعتقه من ماله وإنما لم يأخذ ميراثه بالولاء لئلا ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس باتفاد فيبقى على الأصل

يفعل ضمن كل مودع فإن لم يعلم صاحبه بعوت المودع فعلى الورثة اعلامه وليس لهم امساكها قبل أن يعلم بها ربها لأنه لا يأثمهم عليها وإنما حصل مال غيرهم بأيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوباً وعلم به فعليه اعلام صاحبه به فإن أحرز ذلك مع الإمكان ضمن كذا جاهذا

ولنا أنه لا ولاء عليه فلم يقبل عنه كالأول كان وكيل في العتق ولأنه لا يرثه فلم يقبل عنه كالأول اختلف دينها وما ذكره يبطل بالوكيل والساعي إذا أعتق من الزكاة
 ﴿مسئلة﴾ قال (والفارمين)

وهم المديثون العاجزون عن وفا ديونهم هذا الصنف السادس من أصناف الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وثبوت سهمهم وإن المدينين العاجزين عن وفا ديونهم منهم لسكن أن غرم في معصية مثل أن يشتري خمرأ أو يصرفه في زنا أو قمار أو غناء ونحوه لم يدفع إليه قبل التوبة شيء لأنه أعانه على المعصية وإن تاب فقال القاضي يدفع إليه واختاره ابن عقيل لأن إبقاء الدين الذي في القدمة ليس من المعصية بل يجب تغريبها والاعانة على الواجب قرينة للمعصية فأشبهه من أنلف ماله في المعاصي حتى افتقر فإنه يدفع إليه من سهم الفقراء ، وفيه وجه آخر لا يدفع إليه لأنه استدانة للمعصية فلم يدفع إليه كما لو لم يتب ولأنه لا يؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بأن دينه يقضى بخلاف من أنلف ماله في المعاصي فإنه يعطى لفقره للمعصية

(فصل) ولا يدفع إلى غارم كافر لأنه ليس من أهل الزكاة ولذلك لا يدفع إلى فقيرهم ولا مكاتبهم وإن كان من ذوي القربى فقال أصحابنا يجوز الدفع إليه لأن علة منعه من الأخذ منها لفقره صيانة عن أكلها السكونها أو سآخ الناس وإذا أخذها لفرمه صرفها إلى الغرما فلا يناله دناءة وسخا ، ويحتمل أن لا يجوز لمعصوم النصوص في منعهم من أخذها وكونها لا تحمل لهم ، ولأن دناءة أخذها تحصل سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع منها إلى غارم له بما يقضي به غرمه لأن الدفع إليه لحاجته وهو مستغن عنها (فصل) ومن الفارمين صنف يسطون مع الغني وهو غرم لأصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك فيدعى إلى إنسان في الإصلاح بينهم ويتحمل الدماء التي بينهم والأموال فيسعى ذلك حمالة بفتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك وكان الرجل منهم يتحمل الحمالة ثم يخرج في القبائل فيسأل حتى يؤديها فورد الشرع بإباحة المسئلة فيها وجعل له نصيبا من الصدقة فروى قبيصة بن الحارث قال تحملت حمالة فأتيته النبي ﷺ وسألته فيها فقال أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها - ثم قال - يا قبيصة إن المسئلة لا تحمل إلا لثلاثة رجل تحمل حمالة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يسلك ، ورجل أصابته جائحة فأجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب سدادا من عيش - أو - قواما من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة

(فصل) ولا تثبت الوديعة إلا باقرار من الميت أو ورثته أو بينة وإن وجد عليها مكتوب وديعة أم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الوفاء كانت فيه وديعة قبل هذه أو كان وديعة لموروثهم عند غيره أو كانت وديعة فابتاعها وكذلك لو وجد في رزمائج أية أن لفلان عندي وديعة كذا لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك وهذا قول أصحاب الشافعي وحكي القاضي

من ذوي الحرج من قومه لقد أصابت فلانا فالة فالت له المسئلة حتى يصيب سداداً من عيش - أو - قواماً من عيش وما سوى ذلك فهو صحت يأكلها صاحبها صحتنا يوم القيامة » أخرجه مسلم ، وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال « لأعمل الصدقة لغني إلا الحسنة » ذكر منها الغارم ولأنه إنما يقبل ضمانه وتحمله إذا كان ملياً وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى ، وإن أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لانه قد سقط الغرم ، وإن استداز وأداها جاز له الأخذ لأن الغرم باق والمطالبة قائمة والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه أن هذا الغرم يأخذ لحاجتنا إليه لا طمناً ، النائرة وأخذ الفتنة فجاز له الأخذ مع الغنى كالغاري والمؤلف والعامل والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمسكين والمكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنياً وعليه دين لمصلحة لا يطبق قضاءه جاز أن يدفع إليه ما يتم به قضاءه مع ما زاد عن حد الغنى فإذا قلنا الغنى يحصل بخمسين درهما وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون لينتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه قال أحمد لا يعطى من عنده خمسون درهما أو حسابها من الذهب إلا مديناً فيعطى دينه وإن كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من الغناء لم يعط شيئاً .

(فصل) وإذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم فله أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غريمه وإن أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاء عن دينه فمن أحمد فيه روايتان (إحداهما) يجوز ذلك قل أبو الحارث قال قلت لأحمد رجل عليه الف وكان على رجل زكاة ماله الف فأداها عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال نعم ما أرى بذلك باماً وذلك لانه دفع الزكاة في قضاء دينه فأشبه ما لو دفعها إليه يقضي بها دينه والثانية لا يجوز دفعها إلى الغريم قال أحمد أحب إلي أن يدفعه إليه حتى يقضي هو عن نفسه قيل هو محتاج بخلاف أن يدفعه إليه فيأكله ولا يقضي دينه قال قل له يوكله حتى يقضيه فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغريم إلا بوكالة الغارم لأن الدين إنما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزاً وإن كان دائم الزكاة الامام جاز أن يقضي بها دينه من غير توكيله لأن الامام ولاية عليه في إبقاء الدين ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه وإذا ادعى الرجل أن عليه ديناً فإن كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البين فالامر فيه ظاهر لا يكاد يخفى فإن خفي ذلك لم يقبل منه إلا بينة وإن غرم لمصلحة نفسه لم يدفع إليه إلا بينة أيضاً لأن الأصل عدم الغرم وبرادة القصة فإن صدقه الغريم فلي وجبهن كالمكاتب إذا صدقه سيده

أبو الحسين إن المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه أو مأ إليه أحد كما لو وجد في رزنامج ايه ديناً على غيره بخط ايه كان له أن يعمل على خطه ويحلف على استحقاقه بالخط فإذا وجد ديناً عليه كان أولى واحوط

(مسألة) (وإن ادعى الودعة ائتمان فاقربها لأحدهما فهي له مع يمينه) لأن يده دليل على ملكه بدليل

مسئلة قال (وسهم في سبيل الله ومع الفزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وإن كانوا أغنياء)

هذا الصنف السابع من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وإتاء حكمهم ولا خلاف في أنهم الفزاة في سبيل الله لأن سبيل الله عند الإطلاق هو الفزوة قال الله تعالى: «وقاتلوا في سبيل الله» وقال (ومجاهدون في سبيله) وقال (إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفا) وذكر ذلك في غير موضع من كتابه فإذا تقرر هذا فاتهم يعطون وإن كانوا أغنياء وبهذا قال مالك وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر وقال أبو حنيفة وصاحبه لا تدفع إلا إلى فقير وكذلك قالوا في الغارم لا صلاح ذات البين لأن من يجب عليه الزكاة لا تحل له كسائر أصحاب السهم ولأن النبي ﷺ قال لما ذكروا أنهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم «فظاهر هذا أنها كلها ترد في الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصيبا

ولنا قول النبي ﷺ «لا تحل الصدقة لغني» إلا الحصة لغاز في سبيل الله أو لغارم وذكر يتيهم ولأن الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بهما ستة أصناف فلا يلزم وجود صفة العنين في بقية الأصناف كما لا يلزم وجود صفة الأصناف فيها ولأن هذا يأخذ لحاجته إليها دون من يأخذ لحاجتنا إليه فأشبه العامل والمؤلف فأما أهل سائر السهمان فأما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته إليها دون من يأخذ لحاجتنا إليه فإذا تقرر هذا فن قال إنه يريد الفزوة قبل قوله لأنه لا يمكن إقامة اليد على يئته ويدفع إليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس إن كان فارسا وحوالته ودرع وثأته وسائر ما يحتاج إليه لفزوة وإن كثر ذلك ويدفع إليه دفعا سراعى فإن لم يغز رده لأنه أخذه كذلك وإن غزا وعاد فقد ملك ما أخذه لأننا دفعنا إليه قدر الكفاية وأما ضيق على نفسه وإن مضى إلى الفزوة فرجع من الطريق أو لم يتم الفز والقي دفع إليه من أجله رد ما فضل معه لأن الذي أخذ لأجله لم يفعله كله (فصل) وإنما يستحق هذا السهم الفزاة الذين لاحق لهم في الدابوان وإنما يتطوعون بالفزوا إذا نشطوا قال أحمد ويعطى من الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لأن الواجب إيتاء الزكاة فإذا اشتراها بنفسه فما أعطى إلا فرسا وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة، وقال في موضع آخر إن دفع من الفرس ومن السيف فهو أعجب إلي، وإن اشتراه هو رجوت أن يجزئه، وقال أيضا

أنه لو ادعاه لنفسه كان القول قوله فكذلك إذا أقر بها لغيره ويلزمه أن يحلف للآخر لأنه منكر لحقه فإن حلف بريء وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها لأنه فوئها عليه وكذلك لو أقر له بها بعد أن أقر بها للاول فإنها تسلم إلى الاول ويغرم قيمتها للثاني نص عليه أحمد

(مسئلة) (وإن أقر بها لهما جميعا فهي بينهما) ويلزمه البين لكل واحد منهما في نصفها وإن قال لا أعرف

شترى الرجل من زكاة الفرس ويحمل عليه والقناة ويجوز الرجل وذلك لانه قد صرف الزكاة في سبيل الله فجاز كما لو دفعها الى الغازي فاشترى بها قال ولا يشترى من الزكاة فرسا بصير حبيسا في سبيل الله ولا دارا ولا ضيعة يصيرها في سبيل الله بل ولا يقنها على المجاهدين لانه لم يؤت الزكاة لاحد وهو أمور باتيانها قال ولا يقزو الرجل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله لانه لا يجوز أن يحمل نفسه صرفا لذكائه كما لا يجوز أن يقضي بها دينه ، ومنى أخذ الفرس التي اشترت به له صار مصرفا لذكائه ﴿مسئلة﴾ قل (ويعطى أيضا في الحج وهو من سبيل الله)

يروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر الحج في سبيل الله وهو قول اسحاق لما روي أن رجلا جعل قة له في سبيل الله فأرادت امرأته الحج تقل لها النبي ﷺ وأركبها فان الحج في سبيل الله وعن حمد رحمه الله رواية أخرى لا تصرف منها في الحج وبه قال مالك وابو حنيفة والثوري والشافعي . ابو ثور وابن المنذر وهذا أصح لأن سبيل الله عند الاطلاق إنما تصرف الى الجهاد فإن كل ما في القرآن من ذكر سبيل الله إنما أريد به الجهاد لا اليسير فيجب أن يحمل مالي هذه الآية على ذلك لان الظاهر ارادته به ولان الزكاة إنما تصرف الى أحد رجاين محتاج اليها كالفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم او من يحتاج اليه المسلمون كالعامل والغازي والمؤلف والغارم لاصلاح ذات البين والحج من الفقير لانهم المسلمين فيه ولا حاجة بهم اليه ولا حاجة به أيضا اليه لان الفقير لا فرض عليه فيسقطه ولا مصلحة له في إيجابه عليه وتكليفه مشقة قد رففه الله منها وخفف عنه إيجابها وتوفير هذا القدر على ذري الحاجة من سائر الاصناف أو دفعه في مصالح المسلمين أولى وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا ، وقال الشافعي يجوز الدفع الى من أراد الحج لكونه ابن سبيل ولا يصح لأن ابن السبيل المسافر المنقطع به أو من هو محتاج الى السفر ولا حاجة بهذا الى هذا السفر فإن لما يدفع في الحج منها فلا يعطى الا بشرطين (أحدهما) أن يكون بمن ليس له ما يبيع به سواها لنقول ان النبي ﷺ لا تحمل صدقة لفتي ولا لفتي مرة سوى - وقال - لا تحمل الصدقة لفتي الا خمسة ولم يذكر الحاج منهم ولانه يأخذ الحاجة لالحاجة المسلمين اليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره (والثاني) أن يأخذ له لجهة الفرض ذكره ابو الخطاب لانه محتاج الى اسقاط فرضه وإبراء ذمته اما التطوع فله مندوحة عنه ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد جواز ذلك في الفرض والتطوع معا وهو ظاهر قول الحرقى لان السكك من سبيل الله ولان الفقير لا فرض عليه فالحاجة منه

ساحبها فاعترف له بحمله بين المستحق لما فلا يمين عليه وان ادعى معرفته لزمته يمين واحدة انه لا يعلم ذلك وقال ابو حنيفة يملف يمينين كما لو انكرها

ولنا ان الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعىها فأقرها لاحدها وبفارق ما اذا انكرها لان كل واحد منهما يدعي عليها له فمما دعويان فان حلف

كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع اليه ما يحج به حجة كاملة وما يغنيه في حجة ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه كما لا يجوز أن يغزو بها

(مسئلة) قال (وابن السبيل وهو المنقطع به وله اليسار في بلده فيعطى من الصدقة ما يبلغه)

ابن السبيل هو العصف الثامن من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقه وبقاء ضمه وابن السبيل هو المسافر الذي ليس له ما يرجع به الى بلده وله اليسار في بلده فيعطى ما يرجع به ، وهذا قول قتادة ونحوه قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي هو المختار ومن يريد إنشاء السفر الى بلد أضافه اليهما ما يحتاجان اليه لهما بهما وعودهما لانه يريد السفر لغير معصية فأشبهه المختار

ولنا أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها كما يقال ولد الليل الذي يكثر الخروج فيه والقاتل في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لا يثبت له حكم السفر به به دون فعله ولانه لا يفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله ، وان انتهت بالحاجة متمها ، فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره وانما يعطى وله اليسار في بلده لانه خارج عن الوصول اليه والاتئاع به فهو كالمعديوم في حقه ، فان كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطي لفقره وكونه ابن السبيل لوجود الامرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله الى بلده لان الدفع اليه بالحاجة الى ذلك فتقدر بداره ، وتدفع اليه وان كان مومراً في بلده اذا كان محتاجاً في الحال لانه عاجز عن الوصول الى ماله فصار كالمعديوم ، وان فضل معه شيء بعد رجوعه الى بلده رده لانه أخذه بالحاجة وقد حصل اغنى بدونه فأشبه ما لو أخذه لغزو فلم يغزو وان كان فقيراً أو اتصل بسفره الفقير أخذ الفضل لفقره لانه ان فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بجبهه أخرى ، وان كان غارماً أخذ الفضل لفرمه

(فصل) وان كان ابن السبيل محتاجاً يريد بلداً غير بلده فقال أصحابنا يجوز أن يدفع اليه ما يكفيه في مضيه الى مقصده ورجوعه الى بلده لانه فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحاً اما قربة كلحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحاً كطلب المعاش والتجاره ، فأما المعصية فلا يجوز الدفع اليه فيها لانه اعانة عليها وتسبب اليها فهو كفعالها فان وخيلة الشيء جارية

افرح بهما وسلمت الى من تقع له القرعة وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهذا قول ابن أبي ليلى لانه لا يعلم المالك منهما وللشافعي قول آخر انها تقسم بينهما كما لو أقرها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فيها حكمي عنهم قالوا ويضمن للدود نصفها لكل واحد منهما لانه فوت ما استودع بحمله

مجره ، وان كان السفر لتزهة ففيه وجهان (أحدهما) يدفع اليه لانه غير معصية (والثاني) لا يدفع اليه لانه لا حاجة به الى هذا السفر . ويقوى عندي انه لا يجوز الدفع للسفر الي غير بلده لانه لو جاز ذلك لجاز للنشئ السفر من بلده ولان هذا السفر ان كان لجهاد فهو بأخذ له من سهم سبيل الله وان كان حجا فغيره أم منه ، وإذا لم يجوز الدفع في هذين نفي غيرهما أولى وإنما ورد الشرع بالدفع اليه الرجوع الى بلده لانه أمر تدعو حاجته اليه ولا غنى به عنه فلا يجوز إلحاق غيره به لانه ليس في هذه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يشبث جوازه لعدم النص والقياس

(فصل) وإذا ادعى الرجل انه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا بيئته ، وان ادعى الحاجة ولم يكن عرف له مال في مكانه الذي هو به قبل قوله من غير بيئته لان الاصل عدمه معه وان عرف له مال في مكانه لم تقبل دعواه للفقر إلا بيئته كما لو ادعى إنسان للسكنة

(فصل) وجلة من يأخذ مع الغنى خمسة: العامل والمؤلف قلبه والغازي والغارم لاصلاح ذات البين وابن السبيل الذي له اليسار في بلده . وخمسة لا يعطون الا مع الحاجة: الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه في مباح وابن السبيل . وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال: الفقير والمسكين والعامل والمؤلف ، وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر: المكاتب والغارم والغازي وابن السبيل (فصل) ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع الى بلده لم يدفع اليه ما لم يتب فإن تاب احتمل جواز الدفع اليه لان رجوعه ليس بمعصية فأشبهه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه الى بلده تركاً للمعصية واقلعاً عنها كالعاق يربد الرجوع الى أبويه والفرار من غريمه أو امرأته يريد الرجوع اليهما ويحتمل أن لا يدفع اليه لان سبب ذلك المعصية ناشئة الغارم في المعصية

(مسألة) قال (وليس عليه أن يعطي لسكل هؤلاء الاصناف وان كانوا موجودين إنما عليه أن لا يجاوزهم)

وذلك لان الآية إنما سبقت لبيان من يجوز الصرف اليه لا لا يحجب الصرف الى الجميع بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها . وقد ذكر الله تعالى في آية أخرى صرفها الى صنف واحد فقال سبحانه (ان تبدوا الصدقات فنعما هي ، وان تحنوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) وقال النبي ﷺ لما ذهبن يمنة الى اليمن «أعلمهم أزعلهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه فلم يذكر في الآية ولا في الخبر الا صنفاً واحداً وقال النبي ﷺ لقبضة حين تحمل حالة وأتم

ولنا أنهما تساويا في الحق فبما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدین اذا اعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث الا احدهما او كما لو أراد السفر بأحدى نسائه ، وقول أبي حنيفة لا يصح فان (المغني والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء السابع)

ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فأنزلنا بها فذكر دفعها إلى صنف وهو من الفارمين وأمر بني زريق بدفع صدقاتهم إلى سلمة بن صخر وهو شخص واحد رواه أبو داود، وبعث إليه علي رضي الله عنه بذهبية في تربتها فقسما بين المؤلفات قلوبهم وهم صنف واحد، والآثار في هذا كثيرة تدل على أن النبي ﷺ لم يكن يعتقد في كل صدقة ثابتة دفعها إلى جميع الأصناف ولا نعيمهم بها بل كان يدفعها إلى من تيسر من أهلها وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها إلى ثمانية عشر نفسا أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفسا من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمناء والغالب تعذر وجودهم في الأقاليم العظمى وعجز السلطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرة اليهم على هذا الوجه فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم وإعطائهم وهو سبحانه القائل (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقال (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها) وأظن من قال يرجوب دفعها على هذا الوجه إنما يقوله بلسانه ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي ﷺ فعل هذا في صدقات من الصدقات ولا أحداً من خلفائه ولا من صحابته ولا غيرهم ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه، ولو فعلوه مع مشقته لنقل وما أهل إذ لا يجوز على أهل التوانر إهمال نقل ما ندعو الحاجة إلى نقله سيما مع كثرة من تحب عليه الزكاة ووجود ذلك في كل زمان وفي كل مصر وبلد وهذا أمر ظاهر وقد سبق هذه المسئلة والكلام فيها فيما تقدم

(فصل) وبستهحب تقديمها على ما أمكن من الأصناف ليخرج من الخلاف وتعميم من أمكن من كل صنف فإن كان للتولي لتفريقها الساعي استحباب إحصاء أهل السهمان من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تنافي أسباطهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم لتسكون تفرقة عقيب جمع الصدقة، ويبدأ بإعطاء العامل لأنه يأخذ على طريق المداواة فكان استحقاقه أقوى ولذلك إذا عجزت الصدقة عن أجره تم له من بيت المال ولأن ما يأخذ أجره وقد قال النبي ﷺ «اعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه» ثم بلام فلاهم وأهمهم أشد حاجة، فإن كانت الصدقة تفي بحاجة جميعهم أعطى كل إنسان منهم قدر ما يدفع به حاجته، فيعطي الفقير ما يغنيه وهو ما تحصل له به الكفاية في عامه ذلك ولا يملكه، ويعطى المسكين ما تم به الكفاية إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق فخير وإيتان أحدهما يعطيه ما تم به الكفاية والثانية لا يزيد على خمسين درهما أو قيمتها من الذهب إلا أن يكون له عيال فيدفع إليه لكل واحد منهم خمسين درهما ويدفع إلى العامل قدر أجره وإلى الفارم ما يقضي به غرمه وإلى المكاتب ما يوفي به كتابته والغازي يعطى ما يحتاج إليه ماؤنة غزوه، وابن السبيل ما يبله إلى بلده وإن قصص

العين لم تلتف ولو تلف بنير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط إذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يحبل.

الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى، ويستحب أن لا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لأنهم أقل الجمل إلا العامل فإنه يكون واحداً، وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفائض إلى أقرب البلاد إليه، وإن كان المتولي لتفريقها ربها فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهلها ويفرقها في الأم فالأهم وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبه ويعطي من أمكنه

(فصل) وإن اجتمع في واحد سببان يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفرداً كالفقير النادم أعطي بهما جميعاً فيعطي ما يقضي غرضه ثم يعطى ما يغنيه لأن الشخص الذي فيه المعنيان كشخصين وجد في كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ولو أوصى لفراثة والفقراء استحق القريب الفقير سبعين

(مسئلة) قال (ولا يعطي من الصدقة لبني هاشم)

ولا لمواليهم ولا لوالديهم وإن علوا ولا لولده وإن سفل ولا للزوج ولا للزوجة ولا لمن تزلما مؤثته ولا لكافر ولا لمالك إلا أن يكونوا من العامةين عليها فيعطون بحق ما ملوا ولا لاني وهو الذي يملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب . هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها في باب الزكاة بما أغنى عن إعادته هنا

(مسئلة) قال (وإذا تولى الرجل إخراج زكاته سقط العاملون)

وذلك لأن العامل إنما يأخذ أجر عمله فإذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثم عامل عليها ولا من يستحق أجراً فيسقط سهمه والله أعلم

(فصل في جوائز السلطان)

كان الإمام أبو عبد الله رحمه الله عليه يتورع عنها ويمنع بنيه وعمره من أخذها وهجرهم حين قبلوها وسد الأبواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من يوتهم شيئاً ولا ينتفع بشيء . بمنع عندهم وأمرهم بالصدقة بما أخذوه ، وإنما فعل ذلك لأن أموالهم تختلط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فيصير شبهة وقد قال النبي ﷺ « الحلال بين والحرام بين » وبين ذلك أمور مشبهات لا يهلها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن واثق الشبهات أوشك أن يقع في الحرام

(مسئلة) (وان أودعه اثنان مكيلاً أو موزوناً فطلب أحدهما نصيبه سلمه إليه) لأن قسمته ممكنة بنير غبن ولا ضرر اختاره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه لا يجوز في غيبة الشريك إلا أن يحكم بها حكم القاضي (مسئلة) (وان غصبت الوديمة فهل للمودع المطالبة بها ؟ على وجهين) (أحدهما) له المطالبة بها لأنه

كالراية حول الحى يوشك أن يقع فيه » وقال النبي ﷺ « دع ما يريك الى ما لا يريك » واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان ، منهم حذيفة وأبو عبيدة ومعاذ وأبو هريرة وابن عمر ولم ير أبو عبد الله ذلك حراما فانه سئل قيل له مال السلطان حرام ؟ فقال لا ، وأحب إلي أن ينزه عنه ، وفي رواية قال ليس أحد بن المسلمين الا وله في هذه الدراهم حق فكيف أقول انها سحت وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يتولون جوائز معاوية

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان ما يعطىكم من الحلال أكثر مما يعطىكم من الحرام ، وقال لا نسال السلطان شيئا فان أعطاك فخذ فان ساقى بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام وروي عمر بن شبة البحتري في كتاب القضاء أن الحسن وابن سيرين والشعبي دخلوا على عمر ابن هيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم وأمر للحسن بألفي درهم فقبض الحسن جائزته وأبى ابن سيرين أن يقبض فقال لابن سيرين مالك لا تقبض ؟ قال حتى يعم الناس فقال الحسن الله لو عرض لك ولي امر فأخذ ردائي ورداك ثم بدله أن يرد علي ردائي كنت أقول لا أقبل ردائي حتى ترد علي ابن سيرين رداه ؟ كنت أحب أن تكون أفعه مما أنت يا ابن سيرين ولأن جوائز السلطان لها وجه في الإباحة والتحليل فان له جهات كثيرة من النية والصدقة وغيرها

(فصل) قل أحمد جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة يعني أن الصدقة أوساخ الناس صين عنها النبي ﷺ وآله لدنائتها ولم يصانوا عن جوائز السلطان ، وسئل أحمد عن عامل السلطان فربح ألفا وآخر أجازته السلطان بألف أيهما أحب إليك ؟ قال الجائزة وذلك لأن الذي يربح عليه ألفا لا يربحها في الغالب الا بنوع من التدليس والغبن الفاحش والجائزة عطاء من الامام برضاه لا تدليس فيها ولا غبن ، وقال أحمد اذا كان بينك وبين السلطان رجل يعني فهو أحب إلي من أخذه منه وذلك لأن الوسائط كلما كثرت قربت الى الحل لانها مع البعد تتبدل وتحصل فيها أسباب مبيحة والله أعلم

مأمور بحفظها وذلك من حفظها (والثاني) ليس له ذلك لأنه لم يؤمر به ولا ضمان على المودع سواء أخذت من يده قهرا أو أكره على تسليمها فسلها بنفسه لان الاكراه عذر له يبيح دفعها فلم يضمها كالأخذت من يده قهرا والله سبحانه وتعالى أعلم



بسم الله الرحمن الرحيم وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع هو عقد الزويج فمند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل ، وقال القاضي الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد قول العرب أنكحنا الفري فسترى أي أضربنا فحل حرم الوحش أمه فسترى ما يتولد منها يضرب مثلاً للأمير مجتمعون عليه ثم ينفرون عنه . وقال الشاعر

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خال وعم تلف

والصحيح ما قلنا لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ، وقد قيل ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولأنه يصح نفيه عن الوطء فيقال هذا سفاح وليس بنكاح وبروى عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوبة ، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينسند بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي بلفظي إلى كون اللفظ مشتركاً وهو على خلاف الأصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان أمماً عرفياً يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الاسماء العرفية

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع عقد الزويج فمند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل وقال القاضي الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج استدلالاً بقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد قول العرب أنكحنا الفري فسترى أي أضربنا فحل حرم الوحش أمه فسترى ما يتولد منها يضرب مثلاً للأمير مجتمعون عليه ثم ينفرون عنه قال الشاعر :

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خال وعم تلف

قال شيخنا والصحيح ما قلنا لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف وقد قيل ليس في الكتاب لفظة نكاح بمعنى الوطء الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولأنه

(فصل) والاصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فانكحوا) ما طاب لکم من النساء مثنى وثلاث ورباع (الاية وقوله) وأنکحوا الايامی منکم والصالحین من عبادکم وامائکم (وأما السنة فقوله النبي ﷺ «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فليصم فإنه الصوم له وجاء» متفق عليه في أي وأخبار سوى ذلك كثيرة، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع، واختلف أصحابنا في وجوبه فالشهور في المذهب أنه ليس بواجب الا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه اعفاف نفسه، وهذا قول عامة الفقهاء، وقال ابو بكر بن عبدالعزيز هو واجب وحكاه عن أحمد وحكى عن دارود أنه يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر

ولنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لکم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة وقال (مثنى وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فبدل على أن المراد بالامر التدب وكذلك الخبر يحمل على التدب أو على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام احمد وأبي بكر في إيجاب النكاح

(فصل) والناس في النكاح على ثلاثة أغرب: منهم من يخاف على نفسه الوقوع في المحذور إن ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء، لانه يلزمه اعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح (الثاني) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور فهذا الاشتغال به أولى من التخلي لنوازل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم

يصح نفيه عن الوطء لانه يقال هذا سفاح وليس بنكاح وروى عن النبي ﷺ أنه قال «ولدت من نكاح لا من سفاح» ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة ولان النكاح أحد اللفظين اللذين يتعد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي يفضي الى كون اللفظ مشتركاً وهو على خلاف الاصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ اليه عند الاطلاق لشهرته كسائر الاسماء العرفية

(فصل) والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لکم من النساء) وقوله (وأنکحوا الايامی منکم والصالحین من عبادکم) وأما السنة فقوله النبي صلى الله عليه وسلم «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء» متفق عليه وقال عليه السلام «اني أزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني» وقال سعد رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاختصمنا متفق عليه والتبتل ترك النكاح. وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع

وفعاهم . قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوما ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة .

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء . وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتتكنن أو لا تقولن لك ما قال عمر لابي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور . قال أحمد في رواية المروزي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء . وقال من دعاك الى غير الزوج فقد دعاك الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره .

وقال الشافعي التخلي لعبادة الله تعالى أفضل لان الله تعالى مدح يحبي عليه السلام بقوله (وسيداً وحصوراً) والحصور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه . وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض القم . ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع .

ولنا ما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله رحنها عليه ، وقال ﷺ « ولكنني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأزويج النساء فن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد لندرد النبي ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصمنا . متفق عليهما . وعن أنس قال كان النبي ﷺ يأمرنا بالبسة ونهي عن التبتل نهياً شديداً ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثركم بالام يوم القيامة » رواه سعيد . وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الامر ؛ ولان النبي ﷺ تزوج وبالع في العدد وفعل ذلك

﴿ مسألة ﴾ (والنكاح سنة لما ذكرنا من أدلة الكتاب والسنة وأدناها الاستحباب)

﴿ مسألة ﴾ (والاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة الا أن يخاف على نفسه موافقة

المحظور بتركه فيجب)

الناس في النكاح على ثلاثة أضرب (أحدها) من يخاف على نفسه موافقة المحظور ان ترك النكاح فهذا يجب عليه في قول عامة الفقهاء لانه يلزمه اعفاف نفسه وصرقها عن الحرام وطريقه النكاح (الثاني) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور فهذا الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وظاهر أقوال الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوماً لي فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة ، قال ابن عباس لسعيد بن جبير تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء ، وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتتكنن أو لا تقولن لك ما قال عمر لابي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور قال أحمد في رواية المروزي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء . ومن دعا الى غير الزوج فقد دعا الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره . وقال الشافعي التخلي لعبادة الله أفضل لان الله تعالى مدح

أصحابه ولا يشتغل النبي ﷺ وأصحابه إلا بالافضل ولا يجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى . ومن الدجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوه في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل بالادنى ، ولأن مصالح النكاح أكثر فانه يشتغل على تحصين الدين وإحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباداة النبي ﷺ وغير ذلك من المصالح اراجح أحدهما على نفل العبادة بمجموعها أولى وقد روينا في أخبار المتقدمين ان قوما ذكروا للنبي لهم فضل عابد لهم فقال أما انه لتارك لشيء من السنة فبلغ العابد فأتى النبي فدأله عن ذلك فقال انك تركت التزويج فقال يا نبي الله وما هو إلا هذا فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال أرايت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو ويقوم بفرائض الله وحدوده؟ وأما ما ذكر عن يحى فهو شرعه وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى . والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقار بها

(القسم الثالث) من لاشهوة له إما لانه لم يخلق له شهوة كالعين أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) يستحب له النكاح لعدم ما ذكرنا (والثاني) التخلي له أفضل لانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحسين بغيره ويفسر بها بحبسها على نفسه وبعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يتمكن من القيام بها ويشغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . والأخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها . وظاهر كلام أحمد انه لا فرق بين القادر على الاتفاق والماجزعه وقال ويذا في الرجل أن يتزوج فان كان عنده ما ينفق أنفق وان لم يكن عنده صبر

يحى عليه السلام بقوله تعالى (وسيداً وحصوراً) والحصور الذي لا يأتي النساء ولو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

ولنا ما تقدم من أمر الله ورسوله به وحثهما عليه وقوله عليه الصلاة والسلام « لكنى أصوم وأفطر وأزوج النساء فن رغب عن سنتي فليس مني » وقول سعد : لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عمار بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا متفق عليهما وعن أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالبلاء وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول « تزوجوا الودود الودود قاني مكائر بكم الائم يوم القيامة » رواه سعيد وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ، ولو كان التخلي افضل لامتسكت الاحكام ولان انبي صلى الله عليه وسلم تزوج وبالغ في العدد وفعل ذلك أصحابه ولا يشتغل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الا بالافضل ولا يجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى ، ومن المعجب ان من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجمعوا على النكاح في فعله وخالفوا في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل

ولو تزوج بشر كان قد تم أمره واحتج بأن النبي ﷺ كان يصبح وما عنده شيء ويمسي وما عنده شيء، وإن النبي ﷺ زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء . أخرجه البخاري : قال أحمد في رجل قليل الكسب يضيف قلبه عن العيال : الله يرزقهم ، التزويج أحسن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه . وهذا في حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (ولا يستعنف الذين لا يجيدون تكاها حتى يغنيهم الله من فضله)

(مسئلة) قال (ولا نكاح الا بولي وشاهدين من المسلمين)

في هذه المسئلة أربعة فصول (أحدها) ان النكاح لا يصح الا بولي ولائله المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكل غير وليها في تزويجها فان نكحت لم يصح النكاح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن ومهر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله بن عمار والشافعي وإسحاق وأبو عبيد . وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فان فعلت كان موقوفا على إجازته

وقال أبو حنيفة لما أن تزوج نفها وغيرها وتوكل في النكاح لان الله تعالى قال [ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن] أضاف للنكاح البين ونهى عن منع من ولاته خالص حقها وهي من أهل

بالاولى ولان مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين واحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباهاة النبي صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من المصالح الراجح احدها على نقل العبادة فجموعها اولى وقد روينا في اخبار المتقدمين ان قوما ذكروا النبي لم فضل ما به لهم فقال اما انه تارك لشيء من السنة فبلغ المأبد فأتى فسأله عن ذلك فقال إنك تركت التزويج فقال يابني الله وما هو الا هذا ؟ فلما رأي النبي احتقاره لذلك قال أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو أو يقوم بفرائض الله وحدوده وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعا بخلافه فهو اولى والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقارنها (القسم الثالث) من لاشهوة له اما لانه لاشهوة له كالمثني او ذهبت شهوته لمرض أو كبر ونحوه ففيه وجهان (احدهما) يستحب له النكاح لما ذكرنا (والثاني) التحلي له افضل فانه لا يحصل من مصالح النكاح وينفع زوجته من التحصين بغيره ويضرها بحبسها عن نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق ولعله لا يقوم بها ويشتمل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه والاخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من الفرائض الدالة عليها

(فصل) وظاهر كلام احمد انه لا فرق بين القادر على الاتفاق والعاجز عنه فانه قال ينبغي للرجل

(الجزء السابع)

(٤٣)

(المنفي والشرح الكبير)

المباشرة فصح منها كبيع أمتها ولانها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتهاء واثم منافعها في النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها أولى

ولنا أن النبي ﷺ قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة ابوموسى وابن عباس ، قال المروذي سألت احمد ويحيى عن حديث « لا نكاح الا بولي » فقالا صحيح

وروي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال « إنما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام احمد وابو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكره ، قال ابن خديج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن عتبة كذا قال الامام احمد ويحيى ولو ثبت هذا لم يكن حجة لانه قد نقله ثقة عنه فلو نسب الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان . قال النبي ﷺ « نسي آدم فنسيت ذريته » ولانها مولى عليها في النكاح فلا تليها كالأصغيرة وأما الآية فان عضائها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي وبدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضاف اليها لانها محل له . اذا ثبت هذا فانه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن احمد لما تزويج أمتها وهذا يال على صحة عيارتها في النكاح فيخرج منها أن لها تزويج نفسها باذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قول لابن سيرين ومن معه لقول النبي ﷺ « إنما امرأة زوجت نفسها بغير اذن

ان يتزوج فان كان عنده ما ينفق اتفق وان لم يكن عنده صبر ولو تزوج بشركان قد تم امره واحتج بان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح وما عندهم شيء ويمسي وما عندهم شيء ولان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء اخرجه البخاري قال احمد في رجل قليل السكسب يهضم قلبه عن العيال الله يرزقهم ، التزويج احسن له ربما أتى عليه وقت لا يمكن قلبه الصبر وهذا في حق من يمكنه التزويج قاما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله)

﴿مسئلة﴾ (وعن احمد ان النكاح واجب على الاطلاق) اختاره ابو بكر عبد العزيز وحكاه عن احمد وحكي عن احمد انه يجب في العمر مرة للآية والخبر والمشهور في المذهب انه ليس بواجب الا ان يخاف على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه اعفاف نفسه وهو قول أكثر الفقهاء لان الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة (وقال مني وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فدل على أن المراد بالامر التنبه وكذلك الخبر يحمل على التنبه او على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام احمد وابي بكر في إيجاب النكاح والله أعلم

ولها فنكاحها باطل ، فمفهومه صحته باذنه ، ولان المرأة انما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن اغتداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما اذا اذن فيه وليها والصحيح الاول لعموم قوله « لانكاح الا بولي » وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص هنا خرج مخرج الغالب فان الغالب انهما لا تزوج نفسها الا بغير اذن وليها والامة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشهر بوقاحتها ودعوتها وبيلها الى الرجال وذلك ينافي حال اهل النسيان والمروءة والله اعلم

(نحل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولى لعقد حاكم لم يجز تقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة ، وخرج الثاني في هذا وجها خاصة أنه بتقضى ، وهو قول الاصحاب من أصحاب الشافعي لانه خلاف نص الاول اولى ، لأنها مسئلة مختلفة فيها وبسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز تقضى الحكم كما لو حكم بالشفعة لاجبار وهذا النص متاويل وفي صحته كلام وقد عارضه غلواهر (الفصل الثاني) أن النكاح لا يعتمد إلا بشاهدين ، هذا المشهور عن احمد ، وروى ذلك من عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي واصحاب الرأي . وعن احمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحزرة ابنا ابن عمر ، وبه قال عبدالله بن ادريس وعبد الرحمن بن مهدي وبزيد بن هارون والنبهري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه .

قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر قد روي عن النبي ﷺ « لانكاح إلا برلي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب تحريم ذات الدين الولود البكر الحسية الاجنبية)

لقول النبي ﷺ تنكح المرأة لما لها ولحسبها ولجلها ولدينها فظفر بذات الدين تربت يداك متفق عليه والاولى ان لا يزيد على امرأة واحدة ذكره في المحرر لقول الله تعالى (فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة) ولقوله سبحانه (ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) ويختار الولود لما روى أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول تزوجوا الولود الودود فأنى مكاثركم بكم الامم يوم القيامة رواه سعيد . وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أنى أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا انها لاتلد أفأزوجه؟ فنهاه ثم اتاه اثنان فنهاه ثم اتاه الثالثة فقال « تزوجوا الولود الودود فأنى مكاثركم » رواه النسائي وعن علي بن الحسين ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا بني هاشم عليكم بنساء الا حاتم فأنتمسوا اولادهم فان في ارحامهم البركة » قال ويختار البكر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أزوجه يا جابر » قال قلت نعم قال « بكر أم ثيبا » قال قلت بل ثيبا قال « فبكر انلاعبها وتلاعبك » متفق عليه وعن عطاه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « عليكم بالابكار فانهم اعذب افواها وانقى ارحاما وارضي باليسير »

قال ابن المنذر : وقد أعتق النبي ﷺ صفية ابنة حي فتزوجها بغير شهود . قال أنس ابن مالك رضي الله عنه : اشترى رسول الله ﷺ جارية بسبعة قروش ، فقال الناس ما ندري أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد ؟ فلما أن أراد أن يركب حجبها فعلوا أنه تزوجها متفق عليه ، قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب ؛ وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشتراط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع ، ووجه الأول أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الحلال بإسناده وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال لا بد في النكاح من أربعة : الولي ، الزوج والشاهدان ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشتراط الشهادة فيه لئلا يجهل منه أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي ﷺ بغير ولي وغير شهود فن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره .

(الفصل الثالث) أنه لا يعتمد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين قال أبو الخطاب وينتخرج لنا مثل ذلك منبياً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الأمة على بعض ولنا قوله عليه السلام لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولأنه نكاح مسلم فلم يعتمد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

وفي رواية « وافتح أرحاما » رواه الإمام أحمد ويختار الحسبية ليكون ولدها نجيباً فإنه ربما أشبه أهلها ونزع إليهم وكان يقال إذا أردت أن تزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم » ويختار الأجنبية فإن ولدها أنجب ولهذا يقال أغربوا لاتضووا يعني انكحوا الغرباء كي لا تضعف أولادكم وقيل الغرباء أنجب وبنات العم أصبر ولأنه لا يؤمن العداوة في النكاح وإفضاء إلى الطلاق وإذا كان في قرابة أفضى إلى قطيعة الرحم للمأثور بصلتها ويختار الجميلة لأنه أسكن لنفسه وأغض لبصره وأكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح وروي عن محمد بن أبي بكر بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « اتما النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لبة فليستحسنها » وعن أبي هريرة قال قيل يا رسول الله أي النساء خير ؟ قال « التي تسره إذا نظر وتطيئه إذا أمر ولا تخالفه في نفسه ولا في ماله بما يكره » رواه الإمام أحمد والنسائي وعن يحيى بن جمدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خير فائدة أقادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيئه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد ويختار ذات العقل ويحبسب الحمقاء لأن النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدي منها ذلك إلى ولدها وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فإن ولدها صياع وصحبها بلاء

(فصل) فأما الفاسقان ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان [إحداهما] لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لأنها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستورا لم يطر فسخه فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقا لم يؤثر ذلك في العقد لأن الشرط العدالة ظاهرا وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل بتبين أن النكاح كان فاسدا لعدم الشرط وليس بصحيح لأنه لو كانت العدالة في الباطن شرطا لوجب الكشف عنها لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكا في شرط النكاح فلا ينعقد ولا تحمل المرأة مع الشك في صحة نكاحها وإن حدث الفسق فيها لم يؤثر في صحة النكاح لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحاه بولي وشاهدي عدل قبل قولهما وثبت النكاح باقرارهما

(فصل) ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين وهذا قول النخعي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد أنه قال إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز وإن كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب الرأي وبروي عن الشعبي لأنه عقد معاوضة فانهقد بشهادتهم مع الرجال كالبيع

ولنا أن الزهري قال مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود

(مسئلة) (ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى وجهها من غير خلوة بها)

وعنه له النظر إلى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين قال شيخنا لا نعلم بين أهل العلم في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها خلافا لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» فخطبت امرأة فكنت أنجباً لها حتى رأيت منها مادعاني إلى نكاحها فتزوجتها رواه أبو داود وفيه أحاديث كثيرة سوى هذا ولأن النكاح عقد يقتضي التمليك فكان للعائد النظر إلى المعقود عليه كالامة المستامة ولا بأس بالنظر إليها باذنها وغير اذنها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالنظر وأطلق ومن حديث جابر فكنت أنجباً لها وفي حديث المغيرة بن شعبه أنه استأذن أبوها في النظر إليها فكرهاه فأذنت له المرأة رواه سعيد ولا يجوز الخلوة بها لأنها محرمة ولم يرد الشرع بفسخ النظر فبقيت على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقة المحظور فإن النبي ﷺ قال «لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان» ولا ينظر إليها نظر تلهو وشهوة ولا لرؤية قال أحد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا تكون على طريق لذة وله تكرار النظر إليها وتأمل محاسنها لأن المقصود إنما يحصل بذلك

ولا في النكاح ولا في الطلاق رواه أبو عبيد في الاموال وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ ولانه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال وبحضرة الرجال في غالب الاحوال فلا يثبت بشهادتهم كالحود وبهذا فارق البيع ويحتمل أن أحد إنما قال هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية

(فصل) ولا ينعقد بشهادة صبيين لأنهما ليسا من أهل الشهادة ويحتمل أن ينعقد بشهادة صراحتين عاقلين ولا ينعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له لان وجوده كالعدم ولا ينعقد بشهادة أصميين لأنهما لا يسمعان ولا آخرسين لعدم امكان الاداء منهما وفي انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالجمام ونحوه وجبان بناء على قبول شهادتهم وفي انعقاده بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجبان (أحدهما) ينعقد اختاره أبو عبد الله بن بطة لعدم قوله «الابن» وشاهدي عدل » ولانه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانهقد بهما نكاحه كباثر العدول (والثاني) لا ينعقد بشهادتهما لان العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده

(فصل) وينعقد بشهادة عيدين ، وقال أبو حنيفة والثاني لا ينعقد ، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما في سائر الحقوق ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى ، وينعقد بشهادة ضربين وللشافعية وجبان في ذلك .

ولنا أنها شهادة على قول فصحت من الاعمى كالشهادة بالاستفاضة وإنما ينعقد بشهادتهما اذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيها كما يعلم ذلك من يراها وإلا فلا (فصل) وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يحز تزويجا ابر من تزويجا حتى يطلقها أو يفسخ

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في اباحة النظر إلى وجهها لانه ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر الى ما يظهر عادة وحكي عن الاوزاعي أنه ينظر الى مواضع الاعجم وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه السلام «انظروا اليها» ولنا قوله تعالى (ولا يدين زينهن الا ما ظهر منها) روى عن ابن عباس أنه قال هو الوجه وباطن الكف ولان النظر أيسر للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه والحديث مطلق ومن نظر الى وجهه والسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه ثيابه سمي راياً له قال الله تعالى (وإذا رأيتم تعجبك أجسامهم) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه والكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان إحداهما لا يباح النظر اليه لأنه عورة فلم يباح النظر اليه كالذي لا يظهر فان عبد الله روى أن النبي ﷺ قال «المرأة عورة» حديث حسن ولان الحاجة تدفع بالنظر الى الوجه فبقي ما عداه على التحريم والثاني له النظر الى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر اليها عند الخطبة حاسرة وقال الشافعي ينظر الى الوجه والكفين ووجه جواز النظر الى ما يظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر غالباً اذ لا يمكن لإفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولانه يظهر غالباً

نكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاك نكاحه ، نص عليه أحمد ، وقال الشافعي : لا حاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة .

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه الى ارتقاء فرقة كالصحيح المختلف فيه ولان تزويجها من غير تفريق يفغى إلى تسليط زوجين عليها ، كل واحد منها بمنعقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ويقارق النكاح الباطل من هذين الوجهين واذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضا ولم يجوز تزويجها الثالث حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحها ، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل قوله عليه السلام « نكح المهر بما استحلت من فرجها وان تكرر الوطء فالمر واحد للحديث ولانه اصابة في عقد فاسد أشبه الاصابة في عقد صحيح .

(فصل) والواجب لها مهر مثلها ، أرأى اليه أحمد فإنه قال في العبد : يتزوج بغير إذن سيده يعطي شيئا . قال القاضي يعني مهر المثل وهو ظاهر قول الحزقي لقوله : اذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما فان دخل بها الثاني فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعي . والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى لان في بعض الفاظ حديث عائشة « ولما الذي أعطاهما بما أصاب منها »

قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الحلال باسناديهما وقل أبو حنيفة الواجب لأقل من المسمى أو مهر المثل لأنها ان رضيت بدون مهر مثما فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وان كان المسمى أكثر لم يجب الزائد لانه غير عقد صحيح

فأبيح النظر اليه كالوجه ولأنها امرأة أبيح له النظر اليها من الشارع فأبيح النظر منها الى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صفراً فقالوا له إنما ردك فعاوده فقال ارسل بها اليك تنظر اليها فرضيها فكشف عن ساقها فالت ارسل لولا انك أمير المؤمنين للطمت عينك

﴿ مسألة ﴾ (وله النظر الى ذلك وإلى الرأس والساقين من الامة المستامة ومن ذوات محارمه وعنه لا ينظر من ذوات محارمه الا الى الوجه والكفين) يجوز له النظر الى ذلك من الامة المستامة كما يجوز الى من يريد خطبتها قياساً عليها بل الامة المستامة أولى لأنها تواد للاستمتاع وغيره من التجارة فيها وحسنها يزيد في ثمنها فأما ذوات المحارم فيجوز النظر منهن الى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى ما لا يظهر غالباً كالصدر والظهر ونحوها قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر الى شعر امرأة أيده وصدرها قال لا ما يجني ثم قال انا أكره أن ينظر من امه واحتة إلى مثل هذا وإلى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع المرأة والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحمد النظر الى ساق امه وصدرها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فلها المهر بما استحل من فرجها» فجعل لها المهر المميز بالاصابة والاصابة إنما توجب مهر المثل ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء. وإذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فسد العقد من أصله كان أولى وقول أبي حنيفة أنها رضيت بدون صداقها إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب وقد بينا أنه إنما يجب بالاصابة فيجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة

(فصل) ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم لأن النبي ﷺ جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصاب ولم يعصبها، والمنصرص عن أحمد أن المهر بدتقر بالخلوة قياسا على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ولاحد في الوطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمة، وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلاولي إذا اعتقد حرمة، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روي الدارقطني بإسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها إن أتيت تزوج نفسها» وبإسناده عن الشعبي قال: ما كان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشد في النكاح بفير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه. وروى الشافعي بإسناده عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب فخطبها

على التوقي لأنه يدعو إلى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات الحارم وهو إحدى الروايتين عن أحمد، بنت المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل إلى قرط اخته أو إلى عنقه قال لا ولا كرامة وقال لودخلت على أبي لقلت أيتها المعجوز غطي شعرك والصحيح اباحة النظر إلى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن) الآية وقالت سهلة بن سهيل يارضول الله أما كنا نرى سالماً ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه؟ فقال النبي ﷺ «أرضيه» فأرضته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواء مسلم بمناه وأبو دواد وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالباً فأنها قالت يراني فضلا ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها قال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها لدى الستر إلا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر وكان يراها كذلك إذا اعتقدته ولذا أم دلم النبي ﷺ على ما يستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي مسلمة أنها ارتضت من أسماء امرأة الزبير قالت فكنت أراه أباً وكان يدخل علي وأنا امشط رأسي فيأخذ بعض قرون رأسي ويقول أقبل علي ولأن التحرز من هذا لا يمكن فأبيح كالوجه وما لا يظهر غالباً

رجل فانكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود فلما قدموا على عمر رضي الله عنه رفع اليه امرها ففرق بينها وجلد الناكح والمنكح

ولنا ان هذا يختلف في اباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرك بالشبهات والاختلاف فيه أقوى الشبهات وتسميتها زانية يجوز بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد وهرجلها أدبا وتهزيراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة وجلدها بمجرد العقد مع اعتقادها حله وكذلك حديث علي أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه فإن علياً أشد الناس فيه وقد انتهى الامر الى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحاب لم يروا فيه جلداً ، فإن قيل فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه قلنا هو مفارق لمثلنا بدليل أنا نحمد من اعتقد حله ولأن يسير النبيذ يدعو إلى كثيره المنفوق على تحريره وهذا يختلف فيه يعني عن الزنا المجمع على تحريره فانقرقا ، فإذا ثبت هذا فإن من اعتقد حله ليس عليه ثم ولا أدب لأنهم مسائل الفروع المختلف فيها ومن اعتقد حرمة ثم وأدب وإن أنت بولد منه لانه نسبة في الحاليين

(فصل) فأما الانكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه فإذا علم الحل والتحرير فها زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه

(فصل) ويساوى الفاسد الصحيح في الامان اذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه لكون النسب لاحقاً به فإن لم يكن ولد فلا امان بينهما لمدم الحاية اليه وتجب العدة بالخلو فيه وعدة الوفاة بالموت فيه والاحداد وكل ذلك احتياطاً لها ، ويفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث ولا يحصل به الاباحة للزوج ولا تحل للزوج المطلق ثلاثاً بالوطء فيه ولا يحصل الاحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الايلاء باليمين فيه ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض

لا يباح لان الحاجة لا تدعو اليه ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور فحرم النظر اليه كما تحمى السرة (فصل) وذوات محارمه كل من حرم نكاحها على التأييد بنسب أو رضاع أو تحرير المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ «أيذني له فانه عمك تربت بيمينك» وقد ذكر الله آباء بمولتهن كما ذكر آباءهن وابناءهن في ابداء الزينة لهم ، وتوقف أحمد عن النظر الى شعر ام المرأة وبنتها لانها غير مذكورتين في الآية قال القاضي انما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به وقد صرح في رواية المروزي أنه محرم يجوز له المسافرة بها وقال في رواية أبي طالب ساعة يسعد عقدة النكاح تحرم عليه ام امرأته فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي مرى بها لا يحل له أبداً أن ينظر الى شعرها ولا الى شيء من جسدها وهي حرام عليه

(فصل) فأما ام المزني بها وابنتها فلا يحل له النظر اليهن وان حرم نكاحهن لان تحريرهن بسبب

(مسئلة) قال (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

أما قيد المرأة بالحرة ههنا لأن الامة لا ولاية لابيها عليها وإنما وليها عبيدها بغير خلاف علمناه ، وأما للمرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها ولا ولاية لأحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة ، وقال مالك والزهري وأبو يوسف وإسحاق وابن المنذر الابن أولى وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تمصيباً ولهذا يرث بدلاً أبيه دون جده

ولنا أن الولد موهوب لآبيه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال (فهب لي من لدنك ولياً) وقال إبراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل وإسحاق) وقال ﷺ « أنت ومالك لأبيك » وأثبت ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولأن الأب أكل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفره وجنونه فليده في سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها إذا كانت صغيرة بخلاف غيره ، ولأن الولاية احتكام واحتكام الاصل على فرعه أولى من العكس ، وفارق الميراث فإنه لا يعتبر به النظر ولهذا يرث العبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على المودود بخلاف مانع فيه

(مسئلة) قال (تم أبوه وإن علا)

يعني أن الجد أب الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم

محرم فلم يقد أباحة النظر كالمحرمه باللعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأما ليست من ذوات محارمة وكذلك الكافر ليس بمحرم لقربته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها ليس هو محرماً لها في السفر أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه لأن أبا سفيان أنى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها به رسول الله صلى الله عليه وسلم

(مسئلة) (وللعبد النظر اليها من مولاته)

يعني إلى الوجه والكفين لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهن) ولما روت أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال إذا كان لاحدا كن مكاتب فذلك ما يؤدي فلنحتجب منه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى فاطمة بعد قد وجه لها وعلى فاطمة ثوب إذا قعت به رأسها لم يبلغ رجلها وإذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها فلما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تلقى قال « انه ليس عليك بأس إنما هو أبوك ورواه أبو داود وأما النظر إلى شعرها فكرهه أبو غلامك »

وعن أحمد رواية ثالثة إن الأخ يقدم على الجد وهو قول مالك لأن الجد يدلي بأبوة الأب والأخ يدلي ببنة والبنوة مقدمة وعن أحمد إن الجد والأخ سواء لاستوائهما في الميراث بالنسب فاستويا في القرابة فوجب أن يستويا في الولاية كالأخوين ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا في الولاية كالأخوين

ولما أن الجد له إيلاد وتعصيب فيقدم عليهما كالأب ولأن الابن والأخ يقادان بها ويقامان بسرة ما لها والجد بخلافه لا يسقط في الميراث إلا بالأب والأخ يسقط به وبالأب وابنه ، وإذا ضاق المال وفي المسئلة جد وأخ سقط الأخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب ولتقدمه على العم وسائر العصبات ، إذا ثبت هذا فالجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم في الميراث .

﴿مسئلة﴾ قال (ثم ابنها وابنه وإن سفل)

وجعلته أنه متى عدم الأب وآبؤه فأولى الناس بتزويج المرأة إنهما ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته الأقرب فالأقرب ، منهم وبه قال أصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم أو مولى أو حاكم فيلي بذلك لا بالبنوة لأنه ليس بمناسب لما فلا يلي نكاحها كخالتها ولأن طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها ولما ماروت أم سلمة رضي الله عنها أنها لما اتفقت عندها أرسل إليها رسول الله ﷺ بخطبها فقلت يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهد قال ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك ، فقالت

عبد الله وسعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن ، وإباحه ابن عباس لما ذكرنا من الآية والخبرين ولأن الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ماكت أيمانكم والذين لم يلفوا الحلم منكم ثلاث مرات - إلى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ولأنه يشق التحريم منه فأيصح له ذلك كذوى المحارم وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي ، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ولغير أولى الأربة من الرجال كالكبير والعينين ونحوهما النظر إلى ذلك وعنه لا يباح) من لا شهوة له من الرجال كالحنث ومن ذهب شهوته لكبر أو عنة أو مرض لا يرجي برؤه . والشيوخ الحصى حكمه حكم ذي الحرم في النظر لقول الله تعالى (والتابئين غير أولى الأربة من الرجال) أي غير أولى الحاجة إلى النساء قاله ابن عباس وعنه هو الحنث الذي لا يقوم أربه وعن مجاهد وقتادة الذي لا أرب له في النساء ، فإن كان الحنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء لحكمه حكم غيره ، لأن عائشة قالت دخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فكنوا يعدونه من غير أولى الأربة فدخل علينا النبي صلى الله عليه وسلم وهو بنت امرأة أنها إذا أقبلت أقبلت بأربع وإذا أدبرت أدبرت بثان فقال «لا أرى هذا يعلم ما هنا لا يدخان عليكم هذا» فحجبه رواه أبو داود

ثم يأمرو فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواء النسائي قال الاثرم قلت لأبي عبد الله فحدث عمرو بن أبي سلمة حين تزوج النبي ﷺ أمه أم سلمة أليس كان صغيراً قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان ولأنه عدل من عصبتها ثبت له ولاية تزويجها كأخيها، وقولهم ليس بمناسب لما يبطل بالحكم والمولى وقولهم ان طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له اصل، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى أو حاكماً. إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الاخ ومن بعده. بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصياً وقد استويا في عدم الابلاد

(مسئلة) قال (ثم أخوها لأبيها وأُمها)

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب لسكونه أقرب العصبات بعدهم فإنه ابن الاب وأقوام تعصياً وأجهم بالميراث

(مسئلة) قال (والاخ للاب مثله)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للابوين والاخ للاب إذا اجتمعا فالشهور عنه أنهما سواء في الولاية وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانهما استويا في الادلاء بالجهة التي تستفاد منها العصبية وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإمنا يرجع الاخ في الميراث بجهة الام ولا مدخل لها في الولاية فلم يرجع بها كالعمين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم، والرواية الثانية الاخ من الابوين أولى واختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وهو

وغيره قال ابن عبد البر ليس الخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما التخنث شدة التأنيث في الخلقة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنعمة والنظر والعقل، فإذا كان كذلك لم يكن له في النساء أرب وكان لا يفتن لامور النساء فهو من غير أولي الاربة الذين لم يبيح لهم الدخول على النساء الا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذلك الخنث من الدخول على النساء فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه، وعنه لا يباح لانه ذكر بالغ أجنب فلم يبيح له ذلك كالذي له أرب (مسئلة) وللشاهد النظر الى وجه المشهود عليها)

لتكون الشهادة واقعة على عينها قال أحمد لا يشهد على امرأة الا أن يكون قد عرفها بعينها وكذلك من يقابل المرأة في بيع أو إجارة فله النظر الى وجهها ليعرفها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن أحمد كراهة ذلك في حق الشابة دون المعجوز ولعله كرهه من يخاف الفتنة أو يستغني عن المأمة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

(مسئلة) (وللطبيب النظر الى ما تدعو الحاجة الى نظره اليه من بدنها من المورة وغيرها فإنه موضع حاجة وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعداً في بني قريظة كان يكشف عن

الصحيح إن شاء الله ولأنه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فإنه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ من الابوين فيه وبهذا يطل ما ذكرناه للرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبنينهم فأما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لأم فهما سواء لانهما استويا في التعصيب والارث به وقال القاضي فيهما من الخلاف مثل ما في ابن عم من أبوين وابن عم من أب لانه يرجح بجهة أمه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث به منفرداً لم يرجح به ولذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره . فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين .

(مسألة) قال (ثم أولادهم وان سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وان سفلوا ثم عمومة الاب)

وجملته أن الولاية بعد من ذكرنا ترتب على ترتيب الارث بالتعصيب فأحقهم بالميراث احقهم بالولاية فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو أبيها وهم الاخوة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جدها وهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الاب وهم اعمام الاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بنو أب أقرب منه وان نزات درجاتهم ، وأولى ولد كل أب اقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمقتضى وهي القرابة فأقربهم أشقاهم . ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم

مؤثرهم وعن عثمان أنه أتني بسلام قد سرق فقال « انظروا الى مؤثره » فلم يجدوه أثبت الشعر فلم يقطعه
(مسألة) (وللصبي المميز غير ذي الشهوة النظر الى المرأة الى ما فوق السرة وتحت الركبة في احدى الروايتين)

لان الله تعالى قال (ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) وقال (اذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره قال أبو عبد الله . حججهم أبو طيبة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وهو غلام ، والرواية الاخرى حكمه حكم ذي المحرم في النظر إذا كان ذا شهوة لقول الله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) قيل لا يبي عبد الله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام قال : إذا بلغ عشر سنين
(مسألة) (فان كان ذا شهوة فهو كذي المحرم)

لقوله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم) الآية وغنه أنه كالأجنبي لانه في معنى البالغ في الشهوة وهو المعنى المقتضي للحجاب وتحريم النظر ولقوله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) فأما الغلام الطفل غير المميز فلا يجب الاستئثار منه في شيء .

(فصل) ولا ولاية لغير العصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام والجدة اب الام ونحوهم نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي واحدى الروايتين عن أبي حنيفة (والثانية) ان كل من يرث بفرض أو تمصيب يلي لانه من أهل ميراثها فوليها كعصباتها ولنا ما روي عن علي انه قال اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى اذا أدركن . رواه أبو عبيد في الغريب . ولانه ليس من عصباتها فأشبه الاجنبي

(مسألة) قال (ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته به)

لا خلاف نعلمه في أن المرأة اذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاهما يزوجها ، ولا في أن عصبة المناسب أولى منه وذلك لانه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فذلك يزوجها وقدم عليه المناصبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم الاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى في التمصيب وانما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شقيقته وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أبي المعتق فرجع به الى الاصل

(مسألة) قال (ثم السلطان)

لانهم خلافا بين أهل العلم في أن السلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم وبه

(مسألة) (وللرأة مع المرأة والرجل مع الرجل النظر الى ما عدا ما بين السرة والركبة وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالأجنبي)

يجوز للرجل مع الرجل النظر من صاحبه الى ما ليس بمودة وفيها روايتان (احدهما) ما بين السرة والركبة والاخرى الفرجان وقد ذكرناهما في باب ستر العورة ولا فرق بين الامرد وذوي اللحية الا أن الامرد إذا كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجوز تعدد النظر اليه ، فقد روي عن الشعبي قال قدم وفد عبد القيس على النبي صلى الله عليه وسلم وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضوء فأجلسه النبي صلى الله عليه وسلم وراه ظهره رواه أبو حنيفة ، قال المروزي سمعت أبا بكر الأعمش يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لابي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فنضى الى أبي عبد الله فحدثه ففأفنا جاء إلى الرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أختي قال : إذا جئتني لا يكون معك والذي أرى لك أن لا يئثني معك في طريق . فأما الغلام قبل السبع فلا عورة له يحرم انظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى قال كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فرفع مقدم قميصه أراه قال فقبل استه « رواه أبو حنيفة »

يقول مالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، والأصل فيه قول النبي ﷺ «فإن سلطان ولي من لا ولي له» وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله ﷺ وكانت عنده ولان لسلطان ولاية عامة بدليل أنه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كلاب (فصل) والسلطان هنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا إليه ذلك. واختلفت الرواية عن أحمد في والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه والي وليس فيه قاض يزوج إذا احتاط لها في المهر والكف أرجو أن لا يكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة إذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على الشيء القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة إنما هو مسلط في الادب والجنابة. وقال مالك والي ولاية إنما هو القاضي. وتأول القاضي الرواية الاولى على أن والي أذن له في التزويج، ويحتمل أنه جعل ذلك إذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكان قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها

(فصل) وإذا استولى أهل البغي في بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيه في ذلك مجرى الامام وقاضيه لانه أجري مجراه في قبض الصدقات والجزية والحراج والاحكام فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا يزوج يأتي السلطان لانه ليس من عصبتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الاجنبي، وقال في رواية أخرى في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول إسحاق، وروي عن ابن مسعود أنه لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان، وعن الحسن أنه كان لا يرى بأسا أن يزوجها نفسه، ولما روى أبو داود بإسناده

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة والرجل مع الرجل سواء ولا فرق بين المسلمين وبين المسلمة والكافرة كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر، وقال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية وأما أنا فذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن أبي موسى لقوله تعالى (أو لسانهن) والاول أولى لان النساء من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي صلى الله عليه وسلم فلم يكن يحجبن ولا أمرن بحجاب وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أأذاك الله من عذاب القبر فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث، وقالت اسماء قدمت على أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أفأصام؟ قال «نعم» ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمي ولان الحجاب اما أن يجب بنفس أو قياس ولم يوجد واحد منهما وأما قوله (أو لسانهن) فيحتمل أن يكون أراد جملة النساء (مسئلة) (ويباح للمرأة النظر من الرجل الى غير العورة وعنه لا يباح)

عن تميم الداري انه قال : يا رسول الله ما السنة في الرجل يعلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال « هو أولى للناس بحياء ومماته » إلا أن هذا الحديث ضعفه أحمد وقال رواية عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من أهل الحفظ والاتقان

(فصل) فإن لم يوجد المرأة ولي ولا ذوساطان فعن أحمد ما يدل على انه يزوجه رجل عدل باذنها فانه قال في دعتان قرية بزواج من ولي لها اذا احتاط لها في الكف والمهر اذا لم يكن في الرستاق قاض ، قال ابن عقيل أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية أن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي منصور أحمد يمنع من ذلك ، والصحيح أن هذا القول يختص بحال عدم الولي والساطان لانه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض ، ووجه ذلك أن اشتراط الولي ههنا بمنع النكاح بالكفاية فلم يجوز كاشتراط انشاءه في حق من لا بناء له ، وروي أنه لا يجوز النكاح إلا بولي لعدم الاخبار فيه

﴿مسئلة﴾ قال (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا)

وجملة ذلك أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضرا أو غائبا مجبراً أو غير مجبر لانه روي عن النبي ﷺ أنه وكل أبارأ في تزويجه ميمونة ووكيل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة ولانه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ولا محال الشافعي في توكيل غير الأب والجد وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه يلي بالأذن فلم يجوز التوكيل له كالوكيل ولنا انه يلي شرعا فكان له التوكيل كالأب ولا يصح قولهم انه يلي بالأذن فان ولايته ثابتة قبل

وهذه إحدى الروايتين والأخرى لا يباح لها النظر من الرجل الا الى مثل ما ينظر اليه منها اختاره أبو بكر وهو أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نيهان عن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « احتجبين منه » فقات يا رسول الله انه ضرير لا يبصر قال « أفعميا وانتما لا تبصرانه ؟ » رواه أبو داود وغيره ولان الله تعالى أمر النساء بنقض أبصارهن كما أمر الرجال به ولأنهن أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر الى النوع الآخر قياساً على الرجال بحقه أن المني المحرم على الرجال خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ لأنها أشد شهوة وأقل عقلاً فتسارع الفتنة إليها أكثر

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فانه رجل أعرج تضمن ثيابك فلا يراك » وقالت عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستمني بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلعبون في المسجد متفق عليهما ، ولما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة ولأنهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرون اليهم فأما حديث نيهان فقال أحمد نيهان روي حديثين عجيبين هذا

اذنها وانما اذنها شرط لصحة تصرفه فأتى به ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في ان الحاكم أن يستنيب في التزويج من غير اذن المرأة ولان المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف لناثباتها من قبلها ؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً فالقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرزاه أو من يشاء ، قال احمد رحمه الله في رواية عبد الله في الرجل يولى على أخته وابنته يقول اذا وجدت من ترزاه فزوجها فتزويجه جائز ، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فانه روي أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر وقال اذا وجدت لها كفواً فزوجها ايها ولو بشراك نعل فزوجها عمر من عثمان بن مفران رضي الله عنه نهي أم عمرو بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولانه إذن في النكاح فجاز مطلقاً كاذن المرأة أو عقد فجوز التوكيل فيه مطلقاً والله أعلم

(فصل) ولا يعتبر في صحة الوكالة اذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أباً أو غيره ولا يقتصر الى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المجهر التوكيل الا باذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير اذن الموكل وحكى عن الحسن بن صالح أنه لا يصح الا بمحضرة شاهدين لانه يراد لحل الوطء فانتقل الى الشهادة كالنكاح ولنا انه إذن من الولي في التزويج فلم يقتصر الى اذن المرأة ولا الى اشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يقتصر الى اشهاد بخلاف النكاح ويطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتسري

الحديث والآخر « إذا كان لاحدا كن مكاتب فلتحتجب منه » كأنه أشار الى ضعف حديثه إذ لم يرو الا هذين الحديثين المختلفين للاصول وقال ابن عبد البر . نهان مجبول لا يعرف إلا برواية الزهري عنه هذا الحديث وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نهان خاص لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأرم قلت لابي عبد الله كان حديث نهان لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس ؟ قال نعم وان قدر التعارض فتقديم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في اسناده مقال

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز النظر الى الغلام لغير شهوة)

فأما النظر اليه لشهوة فلا يباح لانها تدهوا الى الفتنة وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز النظر الى أحد ممن ذكرنا لشهوة لما ذكرنا من خوف الفتنة)

ومعنى الشهوة انه يتلذذ بالنظر اليه والله اعلم

(مسألة) (ولكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن الآخر ولمسه وكذلك السيد مع امته)

لما روى بهز بن حكيم قال قلت يا رسول الله عورتا ما تأتي منها وما ندع ؟ قال « احفظ عورتك الامن

(الجزء السابع)

(٤٥)

(المفني والشرح الكبير)

(فصل) وبثبت الوكيل ما ثبت للموكل وإن كان الولي الاجبار ثبت ذلك لو كيه وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى اذنها ومراجعتها لانه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن انيره في التزويج فيكون للأذن له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد رحمه الله هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟ فروى انها تستفاد بها وهو اختيار الحرقي لقوله أو وصى ناظرا له في التزويج وهو قول الحسن وحامد بن أبي سلمان ومالك وعنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشمسي والنخعي والحارث العكلي وابو حنيفة والشافعي وابن المنذر لانها ولاية تنتقل الى غيره شرعا فلم يجوز ان يوصى بها كالحضانة ولانه لا ضرر على الوصي في تضيقها ووضعها عند من لا يكانثها فلم تثبت له الولاية كالاجني ولانها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال ابو عبدالله بن حامد ان كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لانه يسقط حقهم برصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك .

ولما أنها ولاية ثابتة للاب فجازت وصية بها كولاية المال ولانه يجوز أن يتسبب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته فجاز أن يتسبب فيها كولاية المال وما ذكره يبطل بولاية المال ، فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية اليه في المال لانها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الاخرى قياسا على وصية المال لانها بالوصية في النكاح .

(فصل) فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً أو كلاب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الاجبار فكذلك وصيه وإن كان يحتاج الى اذنها

زوجتك أو مملكتك بينك» رواه الترمذي وقال حديث حسن ولا فرق بين الفرج وغيره لمعوم الحديث ولان الفرج يباح الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه كبقية البدن وقيل يكره النظر الى الفرج لقول عائشة ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط رواه ابن ماجه وفي لفظ قالت ما رأيت من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رآه مني قال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رقاق. فلا بأس به قلت تخرج من الدار الى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار الا هي وزوجها مرخص في ذلك

(فصل) وحكم السيد حكم الزوج فيما ذكرنا وسواء في ذلك سرية وغيرها لانه يباح له الاستمتاع بجميع بدنهما فأباح له النظر اليه فأما ان زوج امته حرم عليه الاستمتاع بها والنظر منها الى ما بين السرة والركبة لما روى عمر بن شبيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا زوج احدكم خادمه عبده أو اجيره فلا ينظر الى مادون السرة وفوق الركبة فانه عورة» رواه ابو داود ومفهومه اباحة النظر الى ماعداه واما تحريم الاستمتاع بها فلا خلاف فيه فانها قد صارت مباحة للزوج ولا تمل امرأة لرجلين فان وطئها أم وعليه التعزير لانه فعل محرما فان أولدها فقال أحد لا يلحقه

فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل . وقال مالك إن عين الأب الزوج ملك الوصي إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية واعتبر أذنها وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أدت جاز أن يزوجه بأذنها
وإذا أن من ملك الزوج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لأن الوصي قائم مقام الوصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل
« مسألة » قال (وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو كافراً أو عبداً زوجها الأبعد من عصبتها) .

وجملة ذلك أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالمعدم فثبتت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا وتعتبر لثبوت الولاية لمن سميناً ستة شروط : العقل والحرية والاسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره أما العقل فلا خلاف في اعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه غيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل . ومن ذهب عقله بمنون أو كبير كالشيخ إذا أئند .

قال القاضي والشيخ الذي قد ضعف أسكبه فلا يعرف موضع الخط لما لا ولاية له فأما الأغما فلا يزيل الولاية لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الأنبياء

لسبه لأنها فراش لغيره فلم يلحقه ولدها كالأجنبية قلت وقد ذكر في باب حكم امهات الأولاد أنه يلحقه النسب لأنه وطء سقط فيه الحد لشبهة الملك أشبه وطء الجارية المروهنة

(فصل) وأما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فيحرم عليه النظر إلى جميعها في ظاهر كلام أحمد فإنه قال لا يأكل مع مطلقته هو أجنبي لا يحل له أن ينظر إليها كيف يأكل معها ينظر إلى كفها؟ لا يحل له ذلك وقال القاضي يحرم عليه النظر إلى ماعدا الوجه والكفين لأنه عورة ويباح له النظر إليها مع السكراهة إذا أمن الفتنة ونظر بشهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفان وروت عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثياب رفاق فأعرض عنها وقال يا أسماء « إن المرأة إذا بلغت المحيض لم تصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار إلى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولأنه ليس بعورة فلم يحرم النظر إليه من غير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (وإذا سألتهم عن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا كان لاحدا كن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » وكان الفضل ابن عباس رد بف رسول الله

عليهم السلام ومن كان يمن في الاحيان لم تزل ولايته لانه لا يستديم زوال عقله فهو كالافاء.
(الشرط الثاني) الحرية ، فلا ولاية لعبد في قول جماعة اهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه
فصل غيره أولى . وقال أصحاب الرأي يجوز أن يزوجه العبد باذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها
قد مضى الكلام في هذه المسئلة

(الشرط الثالث) الاسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة اهل العلم أيضاً ،
قال ابن المنذر أجمع عامة من غفط عنه من اهل العلم على هذا قال أحمد بلقنا أن علياً أجاز نكاح الاخ
ورد نكاح الاب وكن نصرانيا

(الشرط الرابع) الكورية شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة
قاصرة ثبتت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى
(الشرط الخامس) البنوغي شرط في ظاهر المذهب قال أحمد لا يزوج القلام حتى يحتمل ليس له
أمر وهذا قول أكثر اهل العلم منهم انثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وعن أحمد
رواية أخرى انه اذا بلغ عشرأ زوج وتزوج وطاق وأجهزت وكالته في الطلاق وهذا يحتمله كلام
الحرفي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلاً ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته في طلاقه فثبت له الولاية
كالبالغ والاول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لان الولاية يصير لها كمال الحال لانها تنقيد بالتصرف
في حق غيره اعتبرت نظراً له والعبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة
(الشرط السادس) العدالة في كونها شرطاً روايتان (احدهما) هي شرط قال أحمد اذا كان

صلى الله عليه وسلم فجاءته الختعية تستفتيه وتنظر اليه فصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم وجهه عنها، وعن
جبر بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فأمرني أن أصرف بصري
حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تتبع النظرة النظرة
فإنما لك الأولى وليس لك الآخرة » رواها أبو داود وفي إباحة النظر الى المرأة اذا أراد تزويجها
دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحاً على الاطلاق فما وجه التخصيص لهذه الحال وأما
حديث أسماء ان صح فيحتمل انه كان قبل نزول الحجاب فيحمل عليه

(فصل) فأما المجوز التي لا تشتهى فلا بأس بالنظر الى ما يظهر منها غالباً لقول الله تعالى (والقواعد
من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم-
وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) نسخ واستثنى من ذلك (القواعد من النساء اللاتي لا يرجون
نكاحاً) الآية وفي معنى ذلك الشوها التي لا تشتهى

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر رضي
الله عنه رأى أمة متكئة فصرها بالدرة وقال بالكاع تشبهين بالحرائر وروى أبو حفص اسناده ان

القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح فظاهر هذا انه انفسد النكاح لانفساء عدالة المولي له وهذا قول الشافعي وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : لانكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، قال ابن عباس قال احمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس وقد روي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، وأما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروي عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « لانكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، ولاها ولاية نظرية فلا يستبدتها الفاسق كولاية المال ، والرواية الاخرى ليست بشرط .

نقل مشي بن جامع أنه سأل احمد اذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول فلم ير أنه يفسد بن النكاح شيء . وهذا ظاهر كلام الحنفي لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه يلي نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل ولان سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لأن شعيباً عليه السلام زوج ابنته وهو أمي ولان المقصود في النكاح يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يمتنع الى النظر ولا يشترط كونه ناطقاً بل يجوز أن يلي الاخرس اذا كان مفهوم الاشارة لانت اشارة تقوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك في النكاح

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكيله لان وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وإن وكله

عمر كان لا بدع امة تقع في خلافته وقال انما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل امر به وقد روى انس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية قال الناس أجملها ام المؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا إن حببها فهي أم المؤمنين وإن لم يحببها فهي أم ولد فلما ركب وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وإن الحجب لغيرهن كان معلوماً وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ما ليس بمورة وهو مافوق السرة وتحت الركبة وسوى بعض اصحاب الشافعي بين الحرية والامة لقول الله تعالى (ولا يدين زينتهم الا ماظهر منها) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة الخوفة يستوي فيها الحرية والامة فان الحرية لا تؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا مايدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وإن لم يفتقرا فيما ذكرناه افتراقاً في الحرمة ومشقة السير لكن ان كانت المرأة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم الى الفلام الذي لم تخش الفتنة بالنظر اليه قال احمد في الامة اذا كانت جميلة تقب ولا ينظر الى المدلوكة كم من نظرة الفت في قلب صاحبها البلايل

(فصل) والطفلة التي لا تصلح للنكاح لا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في الرجل

الوالي في تزويج موليته لم يجز لأنها ولاية وليس هو من أهلها ، ولأنه لما لم يملك تزويج مناصبته بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناصبه غيره بالتوكيل أولى ، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاق والصبي المميز في العقد لأنهم من أهل اللفظ بالعمد وعبارتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية نفسها لأنه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه في اللفظ به ، فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له أو وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير فقال أصحابنا لا يصح لأنه أحد طرفي العقد فلم يجز توكيله فيه كالأبواب ويحتمل جواز توكيل من ذكر نافية لأنهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العدة

(مسألة) قال (ويزوج أمة المرأة بأذن من زوجها)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها والي سيادتها قال القاضي هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنت في حقها لتصورها فتثبت لا ولياؤها كولاية نفسها ولأنهم يلونها لو عنت في حال رقها أولى ثم إن كانت سيدها رشيدة لم يجز تزويج أمتها إلا بأذن لأنها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكرًا لأن صلتها إنما اكتفى به في تزويج نفسها لحياتها ولا تستجيب من تزويج أمتها ، وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفية ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمتها إن كان الحظ في تزويجها وإلا فلا يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لأن فيه تقريرا بمال الصغيرة لأنها ربة إجماع فتأنت

ولنا أن له التصرف بما فيه الحظ والتزويج ما هنا فيه الحظ لأن الكلام فيه فجاز كإثبات التصرفات

بأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها فإن كان يجده شهوة فلا وإن كان لغير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر بأسناده عن عمر بن حفص المدني أن الزبير بن العوام أرسل بآبنة له إلى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله فتحركت الأجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «مع كل جرس شيطان» فأما إذا بلغت حداً يصلح للنكاح فإن عورتها مخالفة لمودة البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» يدل على صحة صلاة من لم تحض مكشوفة فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الأعلام المراهق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت علي ابنة أخي فدخل علي النبي صلى الله عليه وسلم فأعرض فقلت يا رسول الله أنها ابنة أخي وجارية فقال «إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر الأوجها وما دون هذا» وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضتيه وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها احتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التعديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها (مسألة) (ولا يجوز التصريح بمخطبة العدة ولا التبريض بمخطبة الرجعية)

الجائزة واحتمال الحظ مرحوم لما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا للوجوب
 لاحد في حقها وبعض قيمتها والمزوج كالمردوم وان كان وليها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية
 تزويجها لولي في المال دون ولي التعزيم لانه هو المنصرف في المال وهي مال (الرواية الثانية) أن للمرأة
 أن تولي امرأتها رجلا يزوجها نقلها عن أحد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة
 وامتنعت المناشزة لنقص الانوثة فلما كنت التوكيل كزوج المريض والغائب وقتل عن أحد كلام
 يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوجها فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك في مالها، وهذا
 يحتمل أنه ذهب اليه وهو قول أبي حنيفة لانها مالكة لما وولايها نامة عليها فلما كنت تزويجها كالسيد
 ولانها ملك يدها وإجارتها فلما كنت تزويجها كسيدتها ولان الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية
 وصيانة لفظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق
 للاولياء فيها. ويحتمل أن أحد قال هذا حكاية للمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب إلي أن تأمر
 زوجها لان النساء لا يمدن وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال «لا تنكح المرأة
 المرأة» وقالت عائشة رضي الله عنها زوجها فان النساء لا يزوجن واعدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة
 لا ملك أن تزوج نفسها نذرهما أولى.

﴿مسئلة﴾ قال (ويزوج مولاتها من يزوج أمتها)

يعني عتيقتها وهذه فيها الروايتان (أحدهما) أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلا لانها عصبتها

أما التصريح بخطبة المنة فلا يجوز لان قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيها عرضم به من خطبة
 النساء) دليل على تحريم التصريح لان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن ان يحملها الحرص عليه
 على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(مسئلة) (فأما الرجعية فلا يجوز لاحد التعريض لخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات
 فهي كالتي في صلب نكاحه)

(مسئلة) (ويجوز في عدة الوفاة وفي البائن بطلاق ثلاث)

المعدات على ثلاثة اضرب وحكمها حكم من هي في صلب النكاح وقد ذكرناها (الثاني) المنة
 من وفاة او طلاق ثلاث أو فسح لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع أو لمان ونحوه مما لا يحل بسدة
 زوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها الآية ولما روت قاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لما
 طلقها زوجها ثلاثاً «إذا جلت فأذني» وفي لفظ «لا تسبقين بنفسك» وهذا تعريض لخطبتها في عدتها

﴿مسئلة﴾ (وهل يجوز في عدة البائن بغير الثلاث؟ على وجهين)

هذا الضرب الثالث كالمختلفة والبائن بفسخ لميب أو أعسار أو نحوه فلزوجها التصريح بخطبتها

وترثها بالتعصيب فأشبهت العتق (والثانية) ولي سيدتها وليها وهي الأصح لأن هذه ولاية لنكاح حرة والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أوليائها كما لو تذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون وقد ذكرنا أنه إذا اقترض العصب من النسب ولي المولى المعتق ثم عصبته من بعده الأقرب فالأقرب كذا هاهنا إلا أن ظاهر كلام الحرقى هنا تقديم أبي حنيفة المعتقة على ابنها لأنه الذي يزوجه وذكروا ثم خلاف هذا ويصير في ولائه شرطان (أحدهما) عدم العصب من النسب لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) إذن الزوجة لأنها حرة وليست له ولاية إجبار فانه أبعد العصبات ولا يقتدر إلى إذن مولاتها لأنها لا ولاية لها ولا ملك فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد

(فصل) وإذا كان للأمة مولى فهو وليها وإن كان لها مولىان فالولاية لها وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه لأنه لا يملك إلا نصفها وإن اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما لأن تزويجهما تصرف في المال بخلاف الحرة فإن نكاحها حق لها ونفعه عائد إليها ونكاح الأمة حق لسيدها ونفعه عائد إليه فلم يثبت للسلطان عنه فيه فإن أعتقها ولها عصبه مناسب فهو أولى منهما وإن لم يكن لها عصبه فمأولها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لأن ولايته على نصفها فإن اشتجرا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام الممتنع منها لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها وإن كان المعتق أو المعتقة واحدا وله عصبته في درجة واحدة كالأبوين أو الأخوين فلا أحدهما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدتها (مسئلة) قال (من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجه منه باذنها)

والتعريض لأنه مباح له نكاحها في عدها فهو كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها؟ فيه وجهان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولأنها بان أشبهت المطلقة ثلاثاً (والثاني) لا يجوز لأن الزوج يملك أن يستيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة مما يحل ومحرم لأن الخطبة للقد فلا يختلفان في حله وحرمة

(مسئلة) (والتعريض قوله أني في مثلك لراغب ولا تقويني بنفسك وما أحوجني إلى مثلك) وقال الزهري أنت مرغوب فيك وأنت جميلة وإذا حلت فأذيني ونحو ذلك قال بجاهدات رجل وكانت امرأته تشيع الجنابة فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك (مسئلة) (وتحبيه المرأة ما يرغب عنك وإن قضى شيء كان وما أشبهه)

(فصل) فأما التصريح فهو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو قوله زوجيني نفسك فإذا انتقض عدتك تزوجتك ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سرًا) فإن النكاح يسمى سرًا قال الشاعر :

فلم تطلبوا سرها للثني وإن تسلموها لأزهادها

وجعلته ان ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان [أحدهما] له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأحمد بن حنبل ابنه فارط أنجهلين أمرك إلي ؟ قالت نعم . قال قد تزوجتك . ولأنه بمالك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل لقبول فصح كالأول وجدا من رجلين . وقد روي عن النبي ﷺ أنه أعتق صفيية وجعل عتقها صداقها . فان قيل قد روي أن النبي ﷺ قال « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : زوج وزلي وشاهدان » قلنا هذا لأنه لم يحضره وان صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضاً ، وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول أم يكفي بمجرد الإيجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لان ما ينتقل إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفي أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولان إيجابه يتضمن القبول فأشبهه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا إذا قال لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينعقد النكاح بمجرد هذا القول

[والرواية الثانية] لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلاً يزوجه إياها باذنها . قال أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلاً على حديث المغيرة بن شعبه وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبه أمر رجلاً يزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولأنه عقد

وقال الشافعي السر الجماع وأنشد لامرئ القيس

ألا زعمت بسباسة القوم أنني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عذري جماع يرضيك فتعني عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف (فصل) فان صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه وقال مالك يطلقها بتطبيقه ثم يتزوجها ولا يصح هذا لان هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كافي النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها

(مسئلة) (ولا يجوز للرجل أن يخاطب على خطبة أخيه ان أجيب وان رد حل وان لم يعلم

الحال فعلى وجهين)

الخطبة بالسكسر خطبة الرجل للمرأة ليتزوجها وبالضم حمد الله والتشهد ولا يخلو حال الخطوبة من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تسكن إلى الخاطب لما فتجيبه أو تأذن لوليها في إجابته فهذه يحرم على غيره خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخاطب أحدكم على خطبة أخيه » وعن أبي (المغني والشرح الكبير) (٤٦) (الجزء السابع)

ملكه بالاذن فلم يجوز أن يتولى طرفه كالبيع . وبهذا فارق . إذا زوج أمته عبده الصغير ، وعلى هذه الرواية أن وكل من يقبل له العقد وتولى هو الإيجاب جاز

وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجها إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء لأنه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ما ذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره نصح أن يلبه عليها له إذا كانت تحمل له كالأمام إذا أراد أن يزوجه موليته ، ولأن هذه امرأة ولها ولي حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كالواراد أن يزوجه غيره ومفهوم قوله عليه السلام «السلطان ولي من لا ولي له» أنه لا ولاية له على هذه (فصل) وإذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجوز أن يزوجه نفسه لأن إطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره ، فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولى طرفي العقد فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلا يزوجه لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى أذنها للوكيل على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجه إلا بأذنها وإن وكل رجلا يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتج إلى أذنها لأنها قد أذنت له

(فصل) وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد لأنه مالك ذلك بحكم الملك لا بحكم الاذن في قولهم جميعا ، وإن كان مالكا لأحد طرفي العقد ، فوكله مالك الطرف الآخر فيه

هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يشكح أو يترك » متفق عليها ولأن في ذلك إفساداً على الخطيب الأول وإيقاع المداوة بين الناس ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم إلا أن قوماً حملوا النهي على الكراهة ، والأول أولى (القسم الثاني) أن رده لا تركز إليه فتجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطبها فقال النبي ﷺ « أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه اضربها فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة إلا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عتبتها بالخطبة فقال لا تقوتيني بنفسك وأشياء هذا لم تحرم خطبتها لأن في قصة فاطمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تقوتيني بنفسك » ولم يذكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعيد عن أبي رثاب أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر : إن جرير بن عبد الله خطب وهو سيد أهل المشرق ومروان يخطب وهو سيد شباب قریش وعبد الله بن عمر وهو من قد علم وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الست

أو وكله الولي في الإيجاب والزواج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لأنه ملك ذلك بالأذن وإن زوج بنته الكبيرة^(١) عبده الكبير لم يجوز ذلك إلا يرضاه لأنه لا يكاد يكافئها فيخرج فيه أيضاً وجهان ، وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجوز لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها عنه يجوز وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(١) في نسخة
الصغيرة

(مسئلة) قال (ولا يزوج كافر مسلمة محال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطاناً أو سيداً أمة)

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بمحال بإجماع أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحتظ عنه من أهل العلم وقال أبو الخطاب في القمي إذا أسلمت أم ولد هل يلي نكاحها؟ على وجهين (أحدهما) يليه لأنها مملوكة فلي نكاحها كالمسلم ولأنه عقد عليها فليها كاجارتها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته ، فلي هذا يزوجه الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة وذلك لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولأن مختلي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكفر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكفر لأنها ولاية بالمال فلم يمنعه كون سيد الأمة الكافرة مسلماً

فقلت أجاد أمير المؤمنين؟ فقال نعم فقلت قد انكحت أمير المؤمنين فأنكحوه فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الأول (القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تفريضاً لا تصريحاً كقولها ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة فهذه في حكم الأول لا تحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الحنفي وظاهر كلام أحدقائه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح أخرى قال القاضي ظاهر كلام أحد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما ، واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما يدل على الرضى أو لا

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولأنه وجد منها ما دل على الرضى فحرمت خطبتها كما لو صرحت ، بذلك وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها « لا تسبقيني بنفسك » وفي رواية « إذا حلت فأذنيني » فلم تكن لتصاب بالإجابة قبل أذنه (الثاني)

كسائر الولايات ولأن هذه تحتاج إلى التوزيع ولا ولي لها غير سيدها ، فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالسنة ، وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين ، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين (فصل) إذا تزوج المسلم ذمية فوليا الكافر يزوجها إياه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنهما ولها فصيح تزويجها كما لو زوجها كافرًا ، ولأن هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجوز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي ، وقال القاضي لا يزوجها إلا الحاكم لأن أحمد قال لا يتعد به ردي ولا نصراني عقد نكاح مسلم ولا مسلمة ، ووجهه أنه عقدية تنظر إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصبح والشهود يرادون لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

(مسئلة) قال (واذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد)

هذه المسئلة تشتمل على أحكام ثلاثة (أحدها) أنه إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فاجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لأن هذا ولي له أن يزوجها باذنها كالأقرب ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالبراث ، وبهذا فارق القريب البعيد .

أنما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالاستشارة له فيها أو في العدول عنها وليس في الاستشارة دليل على أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أنها إنما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركها لما ذكر من عيبها فجري ذلك مجرى ردها لها وتصريحها بمنعها ، ومن وجه آخر وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقها بخطبتها تعريضاً بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته لها مبنية على الخطبة السابقة بخلاف ما نحن فيه ، فإن لم يعلم الحال فعلى وجهين (أحدها) لا يجوز لعموم النهي (والثاني) يجوز لأن الأصل عدم الإجابة المحرمة

(مسئلة) (والتعويل في الإجابة والرد عليها أن لم تكن مجبرة وإن كانت مجبرة فعلى الولي)

أما إذا لم تكن مجبرة فلأنها أحق بنفسها من وليها فإن أجاب هو وزغيت عن النكاح كان الأمر أمرها فإن أجاب وليها فرضيت فهو كاجابته وإن سخطت فلا حكم لاجابته لأن الحق لها ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المحاب واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها لتكون اختيارها مقدما على اختياره وإن كرهته ولم تختار سواء فينبغي أن يسقط حكم الإجابة أيضا لأنه قد امر باستثمارها فلا ينبغي له أن يكرها على من لا رضاه ، وإن أجابت ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة لأن

(الحكم الثاني) ان هذا القديع فاسد لا يقف على الاجازة ولا يصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم اذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اخنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير اذن سيده فالتكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص احمد عليه في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى انه يقف على الاجازة فان أجازته جاز وإن لم يحزه فسد . قال احمد في صغير زوجه معه فان رضي به في وقت من الاوقات جاز وإن لم يرض فسخ ، واذا زوجت اليتيمة فلها الخيار اذا بلغت ، وقال اذا زوج العبد بغير اذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد ، فان اذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول لأصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الاذن وروى ذلك في التكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن ابن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكر أ أنت النبي ﷺ فذكرت له أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه

وروي ان فتاة أنت النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خديسه قال فجعل الامر اليها فقالت قد اجزت ما صنع أبي واسكنني أردت أن أعلم أن النساء من الامر شيئاً ، رواه ابن ماجه والنسائي ، وفي رواية ابن ماجه أردت ان أعلم النساء أن ليس الى الآباء من الامر شيء . ولانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقال « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال انه موقوف

لها الرجوع وكذلك اذا رجع الولي المجرع عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في أمر موليته ما لم يقع العقد ، وان لم ترجع هي ولا وليها لكن ترك الخاطب الخطبة وأذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يخاطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة غيره في موضع النهي محرمة قال أحمد : لا يحل لأحد أن يخاطب في هذه الحال وقال أبو حفص المكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهى تأديب ولنا ظاهر النهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهى عن الاضرار بالآدمي المصوم فكان على التحريم كالتنهى عن أكل ماله فان فعل فنكاحه صحيح نص عليه أحمد فقال لا تفرق بينهما وهذا مذهب الشافعي وروي عن مالك وداود أنه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه لانه نكاح منهى عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع اذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها

على ابن عمر . ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كتنكاح المعتدة . فأما حديث المرأة التي خبرها النبي ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس . قاله أبو داود . ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خبيثته فتخيرها لتزويجها من غير كفء وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح . والوصية يتراخي فيها القبول ويجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها . فأما على الرواية الأخرى فإن الشهادة تعتبر في العقد لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الإجازة لأنها ليست بعقد ولأنها إذا وجدت استندت الملك إلى حالة العقد حتى لو كان في العقد نكاح من حين العقد لأن حين الإجازة ، وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم يرثه الآخر لأن مات قبل تمام العقد وصحة . وفيه وجه آخر أن كان مما لورفع إلى الحاكم أجازته ورثه الآخر لأنه مقديزمه إجازته فهو كالصحيح وإن كان مما يفسخه لم يرثه

(فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها أو الأمة بغير إذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروايتان ، والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصريح النبي ﷺ فيه بالطلاق ولأن الإجازة إنما تكون لعقد صدر من أهله في محله فإن المرأة ليست أهلاً له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، وإذا لم يصح مع الأذن المقارن فلأن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا ، فأما على القول الآخر فتزوجت المرأة بغير إذن الولي فرفع إلى الحاكم لم يملك إجازته والامر فيه إلى الولي

في النظر لها فلم يكره له الرجوع إذا رأى المصلحة كما لو ساوم في بيع دارها ثم رأى المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في خطبتها وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها كمن ساوم بسلامته ثم بدا له أن لا يبيعها

(فصل) فإن كان الخاطب الأول ذمياً لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين ، ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو ساوم على سومهم لم يكن داخلاً في ذلك لأنهم ليسوا باخوة للمسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضاً لأن هذا أخرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

ولنا أن لفظ التمي خاص في المسلمين والحقا غير به إنما يصح إذا كان مثله وليس الذمي كالمسلم ولا حرمة كحرمة ولذلك لم تجب أجابهم في دعوة الوليمة ونحوها ، وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في الخصوص معنى يصلح أن يعتبر في الحكم لم يحز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه والاخوة الإسلامية لما تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستيفاء مودته فلا يجوز حذف ذلك

فتى رده بطل لان من وقف الحكم على اجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت بغير اذنها وفيه وجه آخر انه اذا كان الزوج كفواً أمر الحاكم الولي باجازه فان لم يفعل أجازته الحاكم لانه لما امتنع من الاجازة صار عاصلاً فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم كما في ابتداء العقد ، ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم أجازها فالمر واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى لان الاجازة مستندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملاك من حين العقد كما ذكرنا في البيع ، ولذلك لم يجب الحد ، ومتى تزوجت الامة بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة إلى من تحمل له انفسخ النكاح لانه قد طرأت استباحة صحيحة على موثوقة فأبطلتها ولانها أقوى فأزالت الأضعف كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه ، وان خرجت الى من لا تحمل له كالمرأة أو امين فكذلك أيضاً لان العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجوز باجازة غيره كالمواضع غير كالمواضع ثم باع المالك فأجاز المشتري الثاني بيع الاجنبي وفيه وجه آخر انه يجوز باجازة المالك الثاني لان يملك ابتداء العقد فملك اجازته كالاول . ولا يفرق بين أن يخرج بيع أو يرث أو هبة أو غيره فأما ان اعتنتها اليد احتمل أن يجوز النكاح لانه انما وقف الحق المولى فاذا أعتق سقط حقه فصح العقد ، واحتمل أن لا يجوز لان إبطال حق المولى ليس باجازة ولان حق المولى ان يطل من الملك فلم يطل من ولاية التزويج فانه يملكها بالاول .

(فصل) وإذا زوجت التي بغير اذنها بغير اذنها فإظهار قلنا يقف على اجازتها فاجازتها بالانطق أو ما يدل على الرضى من التمكن من الوطء أو المطالبة بالمهر والنفقة ، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لان أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي ﷺ لبربرة « ان وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل

(مسألة) (ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة)

لان جماعة من السلف استحبو ذلك منهم ضرورة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن غنيم ولانه يوم شريف ويوم عيد وفيه خلق آدم عليه السلام ، والبساء اولى فان ابا حفص روى باسناده عن ابي هريرة قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم » مسوا بالاملاك فانه اعظم للبركة » ولانه أقرب الى مقصوده وأقل لا تنظاره

(مسألة) (ويستحب ان يخطب قبل العقد بخبطة ابن مسعود)

خطبة الماقد أو غيره قبل الإيجاب والقبول مستحبة ثم يكون العقد بعد ذلك لقول النبي ﷺ « كل امر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع » وقال « كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كالكيد الجنماء » رواها ابن المنذر ، ويجزيه من ذلك ان يحمد الله تعالى ويتشهد ويصلي على النبي ﷺ ويستحب ان يخطب بخبطة ابن مسعود التي قال علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة قال التشهد الحمد لله محمده ولستيننه ونعوذ بالله من شرور انفسنا من يهدي الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمداً عبده ورسوله وبقراً ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وانتم مسلمون » واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيباً اتقوا

تمكينها دليلا على امقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة والتمكين من الوطاء دليل على الرضى لان ذلك من خصائص المقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

(الحكم الثالث) اذا عضلها الولي الاقرب انتقلت الولاية إلى الابعد نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر وذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وشرع وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الاقرب فلكه الأبعد كما لو جن ولانه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم ، والحديث حجة لنا لقوله «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لان قوله «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) أنها حق للولي والدين حق عليه (الثاني) أن الدين لا ينتقل منه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته

(الثالث) ان الدين لا يعتبر في بقاءه العدالة، والولاية يعتبر لما ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا فان قيل فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب اليه قلنا فسقه بامتناءه فاذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فزال فسقه فلذلك صح تزويجه والله أعلم

(فصل) ومعنى العضل منع المرأة من التزويج بكفثها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه قال معتل بن يسار زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء

الله وقولوا قولا سديدا يصلح) الآية رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ، قال الحلال ثنا ابو سليمان امام طرسوس قال كان احمد بن حنبل اذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة ابن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبد الله على طريق المبالغة باستحبابها لاعلى الإيجاب لها فان حرب بن اسماعيل قال قالت لأحمد فيجب ان تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع في ذلك وقد روى عن ابن عمر أنه كان اذا دعى لتزويج قال لا تنصوا علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد ان فلانا يخطب اليكم فان انكحتموه فالحمد لله وان رددموه فسيحان الله، والمستحب خطبة يخطبها الولي او الزوج او غيرهما فقال الشافعي المسنون خطبتان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمتنقل عن النبي صلى الله وسلم وعن الملق خطبة واحدة وهو أولى ما تابع

(فصل) وليست الخطبة واجبة عند احد من أهل العلم الا داود فانه اوجبها لما ذكرناه ولنا ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم زوجنيها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى ابن عمر مولاة له فما زاد على ان قال قد

تخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمك فطلقها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله تعالى هذه الآية (ولا تمسوهن) فقلت الآن انزل يا رسول الله قال فزوجها إياه رواه البخاري وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عارا وفيه ضررا على نساها لنقص مهر مثلهن

ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يفتن بها فلم يكن لهم الاعتراض عايبا فيه كضمن عبدها وأجرة دارها ولانها أو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولأن النبي ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه « التمس ولو خاتما من حديد » وقال لامرأة تزوجت بنعلين « أرضيت بنعلين من نفسك ؟ » قالت نعم فأجازها النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فإن عمر قال لو كان مكرومة في الدنيا أو تقرى عند الله كان أولا كرمها رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فإن رغبت في كفه بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها فأما أن طلبت التزويج بغير كفنها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا لها بهذا لانها لو زوجت من غير كفنها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى .

« مسألة » قال وإذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها فإن لم يكن فالسلطان

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أولهما) أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة فلا بعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم وبهذا قال

انكحكتك على ما أمر الله على أساك بمعروف أو تسريح بإحسان وقال جعفر بن محمد عن أبيه أن كان الحسين يزوج بعض بنات الحسن وهو يترق العرق رواهما ابن المنذر وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يشهد ولا عقد معاوضة فلم تحب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوأ به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لأعلى الوجوب

« مسألة » (يستحب أن يقال للزوج بارك الله إكما وعليكما وجمع ينكما في خير وطافية)

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأي على عبد الرحمن ابن عوف صفة فقال « ماهذا ؟ » قال أي تزوجت غلى وزن نواة قال « بارك الله لك أو لم ولو بشاة » متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن نواة خسة درهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند أهل العربية أن يقال نواة فحسب فان النواة

(الجزء السابع)

(٤٧)

(الفتا والشرح الكبير)

أبو حنيفة وقتل الشافعي يزوجها الحاكم لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولأن الأبعد محبوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه السلام «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لما ولي فلا يكون السلطان وليها، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ولاتها حاله يجوز فيها التزويج غير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالأصل وإذا عضلها الأقرب فهو كسنة

(والفصل الثاني) في الغيبة المتقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها في قول الحارثي هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه لأن مثل هذا تعذر مزاجته بالكلية فتكون منقطعة أي ينقطع من إمكان تزويجها، وقول القاضي يجب أن يكون حد المسألة أن لا تردد القوافل فيه في السنة إلا مرة لأن الكف، ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فلاحق الضرر بترك تزويجها

وقد قال أحمد في مرضه: إذا كان الأب بعيد السفر يزوج الاخ، قال أبو الخطاب فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تنقص فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام، وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يقع إلا بكلمة ومشقة، لأن أحمد قال إذا لم يكن ولي حاضراً من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلمة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسألة فتد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار

عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الأوقية أربعون درهما والثنى عشرون (مسئلة) (ويقول إذا ذقت إليه اللهم أني أسألك خيرا وخيرا ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه) لما روى صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه ثاداد عن أبي نصر عن أبي أسعد مولى أبي أسيد قال تزوج فخره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلي بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ رأس أهلك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارزتهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وأهلك وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إذا تزوج امرأة واشترى خادما فليقل اللهم أني أسألك خيرا وخيرا ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه وإذا اغترى بيرا فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك

(باب أركان النكاح وشروطه)

أركانه الإيجاب والقبول فلا يعتد إلا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنها وبمناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنها

فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالمعذور والتعديد بالعام كبير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه بعد ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكانته والتوسط أولى والله أعلم واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المتقطعة فقال بعضهم كقول القاضي : بعضهم قال من الرعي إلى بغداد وبعضهم قال من البصرة إلى الرقة وهذان القولان بشهان قول أبي بكر واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القصر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم ، وإن كان الولي قريباً وهو ظاهر نص الشافعي وظاهر كلام أحمد انه اذا كانت الغيبة متقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) وان كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قرية لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود هنا ولذلك ان كان غائباً لا يعلم قريب أم بعيد أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

(مسئلة) قال (واذا زوجت من غير كف، فالنكاح باطل)

اخذت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط له قال إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب ما هو

وجلته ان النكاح يعتد بلفظ النكاح والتزويج والجواب عنها اجماعاً وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجناكها) وقوله (ولا تكهوا ما تكح ابائكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل ان يقول زوجتك ابنتي فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج ولا يعتد بغير هذين اللفظين وبه قال عطاء وسعيد بن المسيب والزهري وربيعة والشافعي وقال الثوري والحسن ابن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد يعتد بلفظ الحب والصدقة والبيع والتملك وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان وقال مالك يعتد بذلك اذا ذكر المهر واحتجوا بان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً امرأة فقال «ملكتمكم بما ملك من القرآن» رواه البخاري ولانه لفظ يعتد به تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاعتد به نكاح أمته كلفظ الانكاح والتزويج ولانه يمكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كايقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي - الى قوله - خالصه لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولانه لفظ يعتد به غير النكاح فلم يعتد به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال ولانه ليس بصرح في النكاح فلا يعتد به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية إنما

بكفء لها يفرق بينهما وقال لو كان لا تزوج حائناً فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لا منعن فروج ذوات الاحساب إلا من الاكفاء، رواه الحلال بأسناده

وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجري في سفر فأقيمت الصلاة فقال جري لسلمان تقدم أنت قال سلمان بل أنت تقدم فانكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم ولأن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يتحدث من الاولياء بغير اذنه فلم يصح كالأزواجها بغير اذنها

وقد روي عن النبي ﷺ قال : « لا تنكحوا النساء إلا من الاكفاء ولا تزوجوهن إلا الاولياء » رواه الدارقطني إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يمتنع بمثله

والرواية الثانية عن أحمد أنها ليست شرطاً في النكاح وهذا قول أكثر أهل العلم ، روي نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سلمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقوله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة رضي الله عنها إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار أخرجه البخاري وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج اباه زيد بن حارثة ابنة عمت زينب بنت جحش الاسدية وقال ابن مسعود لا ختمه انشدك الله أن تزوجي الا مسلماً وان كان أحر رومياً أو اسود حبشياً ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو الاولياء أو لها فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب

تعمل بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ان لا ينمقد وبهذا فارق بقية العقود والطلاق واما الخبر فقد روي «زوجتكم وانكحتمكم وازوجنا كما» من طرق صحيحة والقصة واحدة فالظاهر ان الراوي روى بالمعنى ظناً منه ان معناها واحد فلا يكون حجة وان كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انمقد باحدها والباقي فضلة

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح عقده بغيرها وهذا أحد أقوال الشافعي وعند أبي حنيفة يشترط لانه أتى بلفظه الخاص فانمقد به كما يشترط بالعربية

ولنا انه عدل عن لفظ النكاح والتزويج مع القدرة عليه فلم يصح كلفظ الاحلال ولأن الشهادة شرط في النكاح وهي واقعة على اللفظ وغير هذا اللفظ ليس بموضوع للنكاح وإنما يصرف اليه بالنية ولا شهادة عليها فيخلو النكاح عن الشهادة وما قاله أبو حنيفة أقيس قياساً على سائر العقود وما ذكره من تعذر الشهادة على غير العربية ملفي بما اذا لم يحسن العربية

(فصل) فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه

وقد روي أن أبا هند حرم النبي ﷺ في اليا فوخ فقال النبي ﷺ « يا بني نياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه » رواه أبو داود إلا أن أحد ضعفه وأنكره أنكاراً شديداً والصحيح أنها غير مشترطة وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لان الزوجة وكل واحد من الاولياء له فيها حق ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خـيسته جعل لها النبي ﷺ الخيار فأجازت ما صنع أبوها ولو قد الشرط لم يكن لها خيار فإذا قلنا باشتراطها فإنما نعتبر وجودها حال العقد فإن عدت بعده لم يبطل النكاح لان شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد وان كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى فان قلنا ليست شرطاً فرضيت للمرأة والاولياء كلهم صحح النكاح وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلا من أصله أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن احمد وقولان للشافعي .

(أحدهما) أنه باطل ، لان الكفاية حق لجميعهم والعاقلة متصرف فيها بغير رضام فلم يصح كتصرف الفضولي .

و (الثانية) هو الصحيح بدليل أن المرأة التي رفعت إلى النبي ﷺ أن أباهما زوجها من غير كتمانها خبرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والرضا الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالميب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أبو حنيفة إذا رخصت المرأة وبعض الاولياء لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد أمسك بعض الشركاء حقه فمقط جميعه كالمقصص

كالاخرس ويحتاج الى ان يأتي بمناهما الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي
(مسألة) (فان قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه ذلك)

وفيه وجه ذكره ابو الخطاب انه يلزمه لان ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه ان يتعلمها مع القدرة كالنكاح

ولنا ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم اركانها بالعربية كالبيع بخلاف التوكيد

(مسألة) (والقبول ان يقول قبلت هذا النكاح او ما يقوم مقامه في حق من لا يحسن)

فان كان احد المتعاقدين يحسن العربية دون الاخرأتي الذي يحسن العربية بها والاخر يأتي بلسانه فان كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج ان يعلم ان اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظه الانكاح بان يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً

(فصل) وأما الاخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد الا من جهة فصيح بإشارته كيده وطلاقة ولما انه وفي اشارة القادر على التطق وجهان ذكرهما في المجرى اولهما عدم الصحة للاستغناء عنها وان لم تفهم اشارة لم يصح منه كما لا يصح غيره من التصرفات القولية ولان النكاح عقد

ولنا أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضا فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملاً فإذا سقط بعضه تعذر استيفاءه وههنا بخلافه ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عند عدم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لمهم أولى وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين فزوج الأقرب مثل أن يزوج الأب بغير كفء فإن للاخوة الفسخ وقال مالك والشافعي ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب لأنه لاحق للأبعد معه فرضاؤه لا يعتبر ولأنه ولي في حال يلحقه العار بفقد الكفاءة فملك الفسخ كالتساريين

﴿مسئلة﴾ قال (والكفء والدين والمنصب)

يعني بالمنصب الحسب وهو النسب ، واختلفت الرواية عن أحد في شروط الكفاءة فعنه هاشم بن عثمان الدين والمنصب ، وعنه أنها خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار وذكر القاضي في المبرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة وإنما الروايتان في الشرطين الأولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير لأنه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نفسه إلى الولد . وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط . وذكر أبو الخطاب أيضاً ، وقال مالك : الكفاءة في الدين لا غير . قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن حي إلا في الصناعة والسلامة من العيوب الأربعة ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر ، ههنا الصبيان فلا يكون كفواً لأن الغالب على الجند الفسق وبعد ذلك نقصا

بين شخصين فلا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر عن صاحبه ولو فهم ذلك صاحبه المأقود معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لأن الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم قال أحمد لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغاً لأن الحرس لا يوجب الحجر كالصبي

﴿مسئلة﴾ (فإن اقتصر على قوله قبلت بأن يقول الولي زوجتك ابنتي فيقول قبلت صح وانقذ النكاح)

وقال الشافعي في أحد قولي لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لأنه كناية في النكاح يفتقر إلى النية والأخبار فلم ينعقد به كلفظ الحبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانه قد ينعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتقر إلى النية ممنوع فانه جواب لا ينصرف إلى الذكور وكذلك أن قال الخاطب للولي أزوجت؟ قال نعم وللمتزوج أقبلت؟ قال نعم صح . ذكره الحارثي ويحتمل أن لا يصح لأن النكاح إنما يصح بلفظ الانكاح والتزويج ولا نطق الولي بواحد منهما ولا نطق المتزوج بالقبول وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك

والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى (أفن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستترون) ولأن الفاسق مردود
مردود الشهادة والرواية غير مأدون على النفس والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل
الخط في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفؤاً لمعينة ولا مساوياً لها لكن يكون كفؤاً لله .
فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروآت

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لا تمنع فروج ذوات الاحساب إلا من الاكفاء .
قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الاحساب . رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ، ولأن العرب يعدون
الكفاءة في النسب ويأفون من نكاح الموالي وبرون ذلك قصاصاً عاراً فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على
التعارف ولأن في قد ذلك عاراً ونقصاً فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد فروي عن أن غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بني هاشم
لا يكافئهم وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعي لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « إن الله اصطفى
كذاة من ولد اسماعيل واصطفى من كنانة قريشاً واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني
هاشم ولأن العرب فضلت على الأمم برسول الله ﷺ وقريش أخص به من سائر العرب وبني هاشم
أخص به من قريش وكذلك قال عمان وجبير بن مطعم أن اخواننا من بني هاشم لا ننكر فضلهم علينا
لمكانك الذي وضعك الله به منهم

وقال أبو حنيفة لا تكافئ العجم العرب ولا العرب قريشاً ، وقريش كلهم أكفاء لأن ابن عباس
قال قريش بعضهم أكفاء بعض [والرواية اثنائية] عن أحمد أن العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم

بنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لأن هذين ركنا العقد فلا ينعقد بدونهما
ولنا أن نعم جواب لقوله زوجتك وقبلت والدؤال مضمرة في الجواب معاد فيه فيكون معنى نعم
من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به
وذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قلوا نعم) كان إقراراً منهم بوجود ذلك
أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً ، ولو قيل لرجل لي عليك ألف درهم قال نعم كان إقراراً صريحاً
لاشتغال إلى نية ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره وبثله تعلم اليد في السرقة وهو حد يدرأ بالشبهات
فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك

(مسألة) (فإن تقدم القبول الإيجاب لم يصح)

سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت البنت فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني
ابنتك فيقول زوجتكما وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعاً لأنه قد وجد الإيجاب والقبول
فصح كما لو تقدم الإيجاب

ولنا أن القبول إنما يكون للإيجاب فحق وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم

بعضهم لبعض أكفاء لان النبي ﷺ زوج ابنته عتمان وزوج أبا العامي بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس ، وزوج علي ممر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عتمان فاطمة بنت الحسين ابن علي وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكبنة وتزوجها أيضا عبد الله بن عتمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش ولان العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب

(فصل) فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤاً لحره لان النبي ﷺ خير بربرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية فبالحرية المقارنة أولى لان نقص الرق كبير وضروبه بين فانه مشغول عن امراته بمقوق سيده ولا ينفق نفقة المومنين ولا ينفق على ولده وهو كالعديم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح لان النبي ﷺ قال لبربرة «لو راجعتي» قالت يا رسول الله أنا مرنى قال «أنا أنا شقيم» قالت فلاحاجة لي فيه ، رواه البخاري ، ومراجعتها له ابتداء النكاح فانه قد انفسخ نكاحها باختيارها ولا يشتمل ايها النبي ﷺ في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

(فصل) فأما اليسار ففيه روايتان [إحداهما] هو شرط في الكفاءة لقول النبي ﷺ «الحسب المال» وقال «ان احساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال» وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته ان معاوية خطبها «أما معاوية فعصولك لا مال له» ولان على المومنة ضررا في إعتسار زوجها لاخلاله بنفقتها وموثة أولادها ولهذا ملكت المفسخ باخلاله بالنفقة فكذلك اذا كان مقارنا ولان ذلك معدود

بلفظ الاستفهام ولانه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح فاذا تقدم كان أولى لصيغة الاستفهام ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى فان قالوا يصح كاليوم والخم قلنا البيع لا يشترط فيه صيغة الإيجاب بل يصح بالمعاينة ولا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان اذا أدى المعنى ولا يلزم الختام لانه يصح تعليقه على الشروط ويحتمل أن يصح اذا تقدم بلفظ الطلب لان في حديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ قامت طويلا فقال رجل يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال النبي ﷺ «زوجتكها بما ملك من القرآن» وهو حديث صحيح رواه البخاري ولم ينقل أنه قال قبلت ولا ما يؤدي معناه والظاهر أنه لو وجد منه لفظ لنقل وعلى قياس ذلك اذا تقدم بلفظ الماضي

(فصل) اذا عقد النكاح هزلا او تلجئة صح لان النبي ﷺ قال «ثلاث هزلن جد وجدهن جد الطلاق والنكاح والرجعة» رواه الترمذي ، وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ «من نكح لاعبا او طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز» وقال عمر أربع جائزات اذا تكلم بهن الطلاق والعناق والنكاح والنذر ، وقال علي أربع لالعاب فين الطلاق والعناق والنكاح والنذر

قصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كتنافسهم في النسب وأبلغ ، قال نبيه بن الحجاج الهيمي

سالتني الطلاق ان رأتني قل مالي قد جئتني بنكر

ويكأن من له نسب يحب ومن يفقر يفقر عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والرواية الثانية) ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين وقد قال النبي ﷺ « لهم احيى مسكينا وأمتى مسكينا » وليس هو أمراً لازماً فأشبهه العانية من

المرض ، واليسار المعتبر ما يتدر به على الاتفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه اداؤها

(فصل) فأما الصناعة ففيها روايتان أيضا (احدهما) أنها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدينية

كالخائك والحجام والحارس والكساح والديباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكفء لذات قوي

المروآت أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبنائة لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبهه نقص النسب

وقد جاء في الحديث « العرب بعضهم لبعض أكفاء الا حائكاً أو حجاماً » قيل لاجد رحمه الله :

وكيف تأخذ به وأنت تذهبه ؟ قال العمل عليه ، يعني انه ورد موافقا لأهل العرف ، وروي أن ذلك

ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازم فأشبهه

الضعف والمرض ، قال بعضهم

ألا إنما التقوى هي العز والكرم وحبك للدين هو القتل والسقم

وليس على عبد تقي قعيصة اذا حقق التقوى وان حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فانه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدها

(مسألة) (وان تراخى القبول عن الإيجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره)

لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل صحة القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار

في عقود المعاوضات

(مسألة) (فان تفرقا قبله بطل الإيجاب)

لانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك إذا تشاغلا

بما قطع لانه معرض عن العقد بالاشتغال عن قبوله ، وعنه لا يبطل فان أبا طالب نقل عن احمد في رجل

مشى اليه قوم فقالوا له زوج فلانا قال قد زوجته على الف فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت

هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم . قال القاضي : هذا محمول على أنه وكل من قبل التزويج

في المجلس ، وقال ابو بكر مسألة أبي طالب تتوجه على قولين ، واختار أنه لا بد من القبول في المجلس

وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) فان أوجب النكاح ثم زال عقله بمنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب ولم ينعقد

(الجزء السابع)

(٤٨)

(المغني والشرح الكبير)

ولكنها ثبت الخيار للمرأة دون الاريساء لان ضرره مختص بها ، ولولهاا منعها من فكاح المجدوم والابرص والجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاة
(فصل) من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفؤ لمن له أبوان في الاسلام والحرية ، وقال أبو حنيفة ليس بكفء ، وليس بصحيح فان الصحابة رضي الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أنضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أكفاء لنا بعين

(فصل) فأما ولد الزنا فيحتمل أن لا يكون كفؤا لقوات نسب فان أحد رحمه الله ذكر له أنه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لان المرأة تعبر به هي وولهاا ويتمدى ذلك الى ولدها ، وأما كونه ليس بكفء لحرية فلا إشكال فيه لانه أدنى حالا من المولى

(فصل) والموالى بعضهم لبعض أكفاء وكذلك العجم ، قال أحد رحمه الله في رجل من بني هاشم له ولادة يزوجها الخراساني وقول النبي ﷺ « موالى القوم من أنفسهم » هو في الصدقة فأما النكاح فلينكح ، وذكر القاضي رواية عن أحمد ان مولى القوم ككافهم لهذا الخبر ولان النبي ﷺ زوج زيدا وأسامة عريتين ولان والي بنى هاشم ساروهم في حرمان الصدقة فيساووهم في الكفاة وليس هذا بصحيح فانه يرجب أن يكون الموالى أكفاء العرب فان المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤا لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ، وقد قال أحمد هذا الحديث في الصدقة لافي النكاح ، ولهذا لا يساووهم في استحقاق الخس ولا في الامامة ولا في الشرف ، وأما زيد وأسامة فقد استدل

بالقبول بعده لانه مالم يضامه القبول لم يكن عقداً فيبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون وهذا مذهب الشافعي ، وان نام لم يبطل حكم الايجاب لانه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا

(فصل) ولا يثبت الخيار في النكاح وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف في هذا لان الحاجة غير داعية اليه فانه لا يقع في الغالب الا بعد روية وفكرة ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيم الواقع في الاسواق من غير فكر ولا روية ولان النكاح ليس بمعاوضة محضاً ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالعقود عليه برؤية ولا حصة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه ينهي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة وفي فسخه بعد العقد ضرر للمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق

(فصل) قل رضي الله عنه (وشروطه خمسة) (أحدها) تعيين الزوجين (لان كل عاقد ومعة ود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجها هذه صح فان الإشارة تكفي في التعيين فان زاد على ذلك بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً

(مسئلة) (فان قال زوجها بنتي وله بنات لم يصح حتى يشير اليها أو يسميها أو يصنفها بما تتميز

بنكاحها مع بيتين على أن فقد الكفاة فلا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجها بأنهم ما عريان فأنهم ما من كلب وإنما طرأ عليهم مارق ، فلي هذا يكون هذا حكم كل عربي الاصل

(فصل) فأما أهل البدع فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي ينفق بينها وكذلك إذا زوج الواقفي إذا كان بمخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء القطة وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي ينفق بينهما ، وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدري فإذا كان لا يدعو فلا بأس ، وقال من لم يربع به في الخلابة فلا تناكوه ولا تكلدوه ، قال القاضي والمقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) والكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة فإن النبي ﷺ لا مكافي له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء وقال من كانت عنده جارية فعلها وأحسن تعليمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الام .

(مسألة) قال (وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالنكاح ثابت وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة)

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الابن ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفؤ ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها وقد دل على

به ، وإن لم يكن له إلا ابنة واحدة صح (

إذا كانت المقود عايبها غائبة فقال زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فإن سماها كان تأكيذاً فإن كان له أكثر من بنت واحدة فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأكيذاً ، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح فإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح ولأن هذا الاسم مشترك بينهما وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك بنتي ، وقال بعض الشافعية يصح إذا نويها جميعاً ، ولا يصح هذا لأن النكاح يعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أدائها ، ثبت به القصد وهذا معتذر في النية ، ولذلك لو قال زوجتك بنتي وله بنات لم يصح حتى يبرزها بانفذه ولو قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يرفع ما تتميز به عن النساء

(فصل) فإن كانت له ابنتان كبيرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حنيفة ، وقال القاضي يصح في التي نويها وهذا غير صحيح لوجهين (أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبهه ما لو

جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعندهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فجعل للائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها فيعتبر وقالت عائشة (رض) تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنى بي وأنا ابنة تسع. متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال عن يعتبر اذنها وروى الاثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فقال ابنة الزبير إن مت وورثتي وإن عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنها. وأما البكر البالغة العاقلة فمن أحد روايتان أحدهما له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق.

(والثانية) ليس له ذلك واختارها أبو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « لا تنكح الائم حتى تستأمر » ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكراً أنت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التعرف في مالها فلم يميز إجبارها كالثيب والرجل ووجه الرواية الأولى ما روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « الائم أحق بنفسها من وليها » والبكر تستأذن واذنها صحتها . رواه مسلم وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق

قال زوجتك عائشة فقط أو ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسماها وإذا لم يصح فيما إذا لم يسماها ففيها إذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح (الثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولو لم يوجد ذلك فإن اسم اختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها ، وإن كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كما إذا خطب امرأة وتزوج غيرها لأن القبول انصرف الى غير من وجد الإيجاب فيه ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فإن العقد بانفذه تناول الكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كما لو نوبها ، ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الأول لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي تناولها انظما وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرنا

(فصل) فإن كان له ابنة واحدة فقال الرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول أصحاب الشافعي لأن قوله بنتي أكد من التسمية لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار إليها وسماها بغير اسمها صح على هذا التعليل

(مسئلة) () وإن قال ان وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتها لم يصح لانه تعليق للنكاح على

لا أحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئذان ههنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب كما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «أمروا النساء في بناتهن» رواه أبو داود، وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل وبمحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته فتخيرها ذلك، ولأن مالا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق، وقول الحرقى فوضها في كفارة يدل على أنه إذا زوجها من غير كف: فنكاحها باطل وهو إحدى الروايتين عن أحمد وأحد قولي الشافعي لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كف: فلم يصح كسائر النكحة المحرمة ولأنه عند ملو لية عقداً لاحظ لها فيه بغير إذنها فلم يصح كيومه عقارها من غير غبطة ولا حاجة أو بيعه بدون ثمن مثله، ولأنه نائب عنها شرعاً فلم يصح تصرفها شرعاً بما لاحظ لها فيه كالوكيل

(والثانية) يصح لأنه عيب في المدقود عليه فلم يمنع الصحة كشراء المبيع الذي لا يعلم عيبه وبمحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكف: ويصح إذا لم يعلم ولأنه إذا علم حرم عليه العقد فبطل تحريره بخلاف ما لم يعلمه كالواشترى لها مبيعاً يعلم عيبه وبمحتمل أن يصح نكاح الكبيرة لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لما انفسخ أن كرهت وإن لم تنسخ كان كإجازتها وإذنها بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته فإن كانت كبيرة فلها الخيار ولا خيار لابنها إذا كان طالماً لأنه أسقط حقه برضاه وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه لأنه يفسخ لحظها وحقتها لا يسقط برضاه وبمحتمل أن لا يكون له الفسخ ولينكح يمنع الدخول عليها حتى تبلغ ونختار فإن كان لها

شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولأن هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد وكذلك لو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لأنها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور في غير الإرث والوصية ولأنه لا يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها

(فصل) فإن خطب امرأة فزوج بغيرها مثل أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيتميل ولا ينعقد النكاح لأن القول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه فلم يصح كما لو ساءمه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح قال أحمد رجل خطب جارية فزوجه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما ويكون الصداق على وإياها لأنه غره ويجهز إليه أختها التي خطبها بالصداق الأول فإن كانت تلك قد ولدت منه لحق به الولد

قال شيخنا وقوله يجهز إليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لأن العقد الذي عقده لم يصح في واحدة منهما لأن الإيجاب صدر في إحداها أيهما كان جاز، وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قبل يلزمه مهران

ولي غير الاب فاما الفسخ على ما مضى وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كف، ولا من معيب لان الله تعالى أقامه، فقام انظر آ لها فيما فيه الخط ومصرفا لها لعجزها عن التصرف في نفسها فلا يجوز له فعل مالا حظ لها فيه كما في مالها ولانه اذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه في نفسها أولى

(مسئلة) قال (وليس هذا لنير الاب)

يعني ليس لنير الاب اجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي إلا في الجدة فانه جملة كلاب لان ولايته أيلاد فلك اجبارها كلاب، وقال الحسرو عمر بن عبدالعزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبو حنيفة لنير الاب تزويج الصغيرة ولها الخيار اذا بلغت وقال هؤلاء غير أبي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلها الخيار اذا بانها. قال أبو الخطاب وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (وان ختم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) فهو منه انه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيم من لم يبلغ نول النبي ﷺ لا يتم بعد احتلام قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان ختم أن لا تقسطوا في اليتامى) فقالت يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويمسحها مالها وجعلها فيريد أن يزوجه بغير أن يسط في صداقها فيعطيا مثلما يعطيا غيره فهو عن ذلك كاهن الا أن يسطوا فيهن ويبلغوا أعلى سنتن في الصداق متفق عليه ولانه ولي في النكاح فلك التزويج كلاب.

قال نعم ويرجع على وليها، هذه مثل التي بها برص أو جذام على بقول ليس عليه غرم، وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لأنها زانية مطاوعة فأما ان جهل الحال فلها المهر ويرجع به على من غره وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الاخرى لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقض عدهما وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي.

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني رضا الزوجين فان لم يرضا أو أحدهما لم يصح)

رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد لان العقد لما قاعتر تراضيهما به كالبيع فان لم يرضا أو أحدهما لم يصح العقد لفوات شرطه

(مسئلة) (إلا الاب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الابكار بغير إذنهم)

وأما الغلام العاقل فلا نعلم من أهل العلم في أن لا يبه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وهذا قول الحسن والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي وإسحاق والشافعي وأصحاب الرأي ولما روي أن ابن عمر زوج ابنته وهو صغير فاخصموا إلى زيد فأجازاه جميعاً رواء الاثر وأما الغلام المعتوه فلا يبه تزويجه وقال

ولنا قول النبي ﷺ «تستأمر اليتيمة في نفسها وإن سكنت فهو اذنها وإن أبت فلا جواز عليها»
رواه أبو داود والنسائي وروى عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرغم
ذلك إلى النبي ﷺ فقال «إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها» واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها
ولان غير الأب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد
بنكاحها كالأجنبي ولان الجد يلي بولاية غيره فأشبهه سائر العصباء، وفارق الأب فاته بدلي بغير
واسطة ويستقط الاجرة والجد ومحجب الام عن ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو زوجة
وأبوين، والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى (تؤتونهن ما كذب لهن) وأما يدفع إلى
السكينة أو نكحها على بنت تسم

(فصل) وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان (إحداهما) أنها كمن لم تبلغ تسعاً نص عليه
في رواية الاثرم وهو قول مالك والشانئ وأبي حنيفة وسائر الفقهاء قالوا حكم بنت تسع سنين حكم
بنت ثمان لأنها غير بالغة ولان اذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح
(والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور المهور الآية ودلالة الخبر
بعدها على أن اليتيمة تنكح باذنها وإن أبت فلا جواز عليها وقد اتفقنا في هذا فيمن دونها فيجب حملها
على من بلغت تسعاً

وقد روى الامام احمد باسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت اذا بلغت الجارية تسع سنين
فهي امرأة . ورواه القاضي باسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمعناه في حكم المرأة ولأنها بلغت
سناً يمكن فيه حيضها ويحدث لها حاجة إلى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة، فلي هذا اذا زوجت ثم

الشانئ لا يجوز لانه يلزمه بالتزويج حقوق من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له كغيره من الاولياء
ولنا أنه غير بالغ فلما لم يملك الأب تزويجه كالماتل ولانه إذا جاز تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه
إلى التزويج رأياً ونظراً لنفسه فلا يجوز تزويجه من لا يتوقع فيه ذلك أولى، وصي الأب يقوم مقامه
في ذلك كوكيله إذا قلنا بصحة الوصية في النكاح وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه وقال القاضي في المبرد لعالم
تزوجها لانه يلي ماله وقال الشانئ يملك ولي الصبي تزويجه بألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس
بسد يد فان غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى، وفارق لأب ووصيه فان لهما تزويج
الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يذن لانه لا اذن له

(فصل) وللأب تزويج البالغ المعتوه في ظاهر كلام أحمد والخرقي مع ظهور أمارات الشهوة
وعندها، وقال القاضي إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب
الشانئ لان في تزويجه مع عدم حاجته اضراً به بالزامه حقوقاً لا مصلحة له في الزناها وقال أبو بكر

بلغت لم يكن لها خيار كالبالغة اذا زوجت . وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته الى عائشة فأجابته وهي لدون عشر لأنها انما ولدت بعد موت أبيها ، وانما كانت ولاية عمر عشر أفكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم .

(مسألة) قال (ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسنا)

لا نعلم خلافا في استحباب استئذانها فان النبي ﷺ قد أمر به ونهى عن التكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولان فيه تطيب قلبها وخروجها من الخلاف . وقالت عائشة سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أنستأمر أم لا ؟ فقال لها رسول الله ﷺ « نعم تستأمر » وقال « استأمرُوا النساء في أبضاعهن فان البكر تستحي فتسكت ، فهو اذن » متفق عليها وروى عن عطاء قال : كان النبي ﷺ يستأمر بناته اذا أنكحن قال كان يجلس عند خدر المحلوقة فيقول ان فلانا يذكر فلانة فان حركت الخدر لم يزوجها وإن سكنت زوجها (فصل) ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي ﷺ « أمرُوا النساء في بناتهن » لأنها تشارك في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفتها عليها وفي استئذانها تطيب قلبها وارضاء لما فتكون أولى .

ليس للاب بحال لانه رجل فلم يجوز اجباره على النكاح كالعاقل وقال زفران طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجوز وان كان مستدما جاز ولنا أنه غير مكاف فجاز لابيّه تزويجه كالمخير فانه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره فنقد الحاجة أولى

ولنا على التمسوية بين الطاريء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالمروق ولانه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في نكاحه كالمستدام ، فلما اعتبار الحاجة فلا بد من إيفائه لا يجوز اوليه تزويجه الا اذا رأى مصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة بل قد تكون حاجته الى الإيواء والحفظ وربما كان دواء له يترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة

(فصل) ومن يمن في الاحيان لا يجوز تزويجه الا باذنه لان ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم يثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله بيرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعالم فان ذلك لا يثبت الولاية على ماله فلي نفسه أولى وان لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(فصل) وليس لغير الاب ووصيه تزويج المعتوه البالغ وبه قال مالك وقال أبو عبد الله بن حامد لعالم تزويجه اذا ظهر منه شهوة للنساء بأن يتبعن وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس

(مسئلة) قال (واذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد) وجلة ذلك أن ألبت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة ، فأما الكبيرة فلا يجوز للاب ولا لغيره تزويجها الا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له تزويجها وإن كرهت ، والنخعي قال يزوج بنته إذا كانت في عياله فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها . قال اسماعيل بن إسحاق لأعلم أحداً قال في البنت بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة فإن الحسناء ابنة حذام الانصارية روت أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه . رواه البخاري والأئمة كلهم ، قال ابن عبد البر هذا الحديث يجمع على صحته والقول به لا تعلم مخالفاً له إلا الحسن ، وكانت الحسناء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قنادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوهار جلا من بني عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر . وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » متفق عليه . وقال « الأيم أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « ليس لولي مع الثيب أمر » رواها النسائي وأبو داود ولانها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مخبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل (القسم الثاني) الثيب الصغيرة وفيها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الحنفي واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضي ، ومذهب الشافعي لعدم الأخبار ولأن الإيجاب يختلف بالبكرة والثبوة لا بالهضر والكبر وهذه ثيب ولان في تأخيرها فائدة وهو أن تبلم فتختار لنفسها ويعتبر إذنها فوجب التأخير بخلاف البكر

(الوجه الثاني) أن لا يبيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك وأبي

له حال ينتظر فيها أذنه وتندكر ذلك في تزويج المجنون وينبغي أن يجوز تزويجها إذا قال أهل الطب إن في ذلك ذهاب عاينه لانه من أعظم مصالحه

(فصل) وإذا زوج الصغير والمجنون فإنه يقبل لها النكاح ولا يأذن لهما في قبوله لانهما ليسا من أهل التصرفات فإن كان الغلام ابن عشر وهو بمنزلة قياسي المذهب جواز تفويض القبول اليه حتى يذوله بنفسه كما يفرض أمر المبيع اليه وإن تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يتناع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه فإن قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لها بأكثر من مهر المثل لانه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي وإذا قلنا إن للاب تزويج أمته بدون صدق مثلاً فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداوانه بل الجواز هاهنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى تزويج المجنون الا أن ترغب بزيادة على مهر مثلاً فيتعذر الرضول بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجردان قياس المذهب أنه لا يتزوج

حنيفة لانها صغيرة فجاز اجبارها كالبكر ، والكلام يحقق ذلك انها لا تزيد بالثبوت على ما حصل للكلام بالذكورية ثم الكلام يجبر إذا كان صغيراً فكذا هذه والاخبار محمولة على الكبيرة فانه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لاحق لها .

ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسم سنين يزوجها وليها باذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا في البكر والله أعلم

(مسئلة) قال (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصامت)

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن اذنها الكلام والخبر ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض فأما البكر فاذنها صامتة في قول عامة أهل العلم منهم شريح والشعبي واسحاق والنخعي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة ولا فرق بين كون الولي أباً أو غيره وقال أصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الأب وجهاً (أحدهما) لا يكون اذناً لأن الصمات عدم الاذن فلا يكون اذناً ولأنه محتمل الرضى والحباء وغيرهما فلا يكون اذناً كما في حق الثيب وإنما اكتفي به في حق الأب لأن رضاها غير معتبر وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك السنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعي عن اضافته اليه ، وجعله مذهباً له مع كونه من أتباع الناس لسنة رسول الله ﷺ ولا يخرج منصف على هذا القول وقد

بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلاً لما له فيما لا حاجة به اليه وذكر في الجامع أنه له تزويج ابنة الصغير بأربع لأنه قد يرى المصاحبة فيه وليس له تزويجه معية عبداً يرد به النكاح فإن فيه ضرراً به وتفويت ماله فيما لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج في صحة النكاح وجهاً ثانٍ قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال؟ على وجهين يذكر توجيههما في تزويج الصغيرة بمصيب فإن لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلمما الفسخ وليس له تزويجه بامة لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معلوم في حق المجنون

(فصل) فأما الإناث فللاب تزويج ابنته البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بخبر خلاف إذا وضعها في كفافة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء يجوز له ذلك مع كراهتها وامتناعها وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللأني يبدئن من الحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأني لم يحضن) فجعل للأني لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على تزويج وتطابق ولا اذن لها يعتبر وقالت عائشة تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنائي وأنا ابنة تسع متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها وروي الاثر أن قدامة ابن مظهر تزوج ابنة الزبير حين نفست فقبل له ابنة الزبير فقال ان مت وراثتي وإن

تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا تنكح الاعمى حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال أن تسكت .

وفي رواية عن عائشة أنها قالت يا رسول الله ان البكر تستحيي قال « رضاها صمتها » متفق عليه . وفي رواية « والبتيمة تستأمر فصمتها اقرارها » رواه النسائي . وفي رواية « تستأمر البتيمة في نفسها فان سكنت فهو اذنها » وهذا صريح في غير ذات الاب

وروى الاثرم عن عدي الكندي عن رسول الله ﷺ أنه قال « الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها » والاخبار في هذا كثيرة ، ولان الحياء عقلة على لسانها بمنعها النطق بالأذن ولا تستحي من إياها وامتناعها فاذا سكنت غلب على الظن أنه رضاها فاكتفي به وما ذكره ينفى الى أن لا يكون صمتها اذنا في حق الاب أيضا لانهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون اذا ردأ على النبي ﷺ بالكلمة وامطرحا للاخبار الصريحة الجليلة وخرقا لاجماع الامة المرضية

(فصل) فان نطقت بالأذن فهو أبلغ وأتم في الاذن من صمتها وإن بكى أو ضحك فهو بمنزلة سكوتها ، وقال ابو يوسف ومحمد ان بكى فليس بأذن لانه يدل على الكراهية وليس بصمت في عموم الحديث

ولنا ما روى ابو بكر باسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « تستأمر البتيمة فان بكى أو سكنت فهو رضاها وإن أبى فلا جواز عايتها » ولانها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمت والضحك ، والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنت

عشت كانت امرأتى وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما
(فصل) وفي البكر البالغة العاقلة روايتان (إحداهما) له إجبارها على النكاح وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشاذلي وإسحاق (والثانية) ليس له ذلك اختارها ابو بكر وهو مذهب الاوزاعي واشوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ لا تنكح الاعمى حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن « فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه وروى ابو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكراً أنت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كرهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجر إجبارها كالثيب والرجل ووجه الاولى ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « الاعمى أحق بنفسها من زوجها » والبكر تستأمر واذنها صمتها « رواه ابو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لاحدهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون ولها أحق منها بها ودل الحديث على أن الاستئثار ههنا والاستئذان في حديثهم مستحب غير واجب كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أمروا النساء في بناتهن » رواه ابو داود وحديث النبي ﷺ مرسل ويحتمل

قائما لاستسحي من الامتناع ، والحديث يدل بمصرجه على أن العدة إذن وبهضاء على ما في معناه من الضحك والبكاء وكذلك أقنا الضحك مقامه

(فصل) والثيب المعتبر نطقها هي للموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالا أو حراما. وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لان علة الاكتفاء بصمت البكر الحياء والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرة وهذه لم تباشر بالاذن في النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله ولنا قوله ﷺ اثيب نعرب عن نفسها ، ولان قوله ﷺ لا تنكح الأيم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن نسكت ، يدل على أنه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذنا لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بحاله وهذه ثيب فان الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك . ولانه لو أوصى اثيب النساء دخالت في الوصية ولو أوصى للأبكار لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكرأ فوجدتها مصابة بالزنا ملك الفسخ ولانها موطوءة في القبل فأشبهت للموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء غير صحيح فانه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفتي الى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه . ولا فرق بين المكرهة والمطاعة وعلى هذا ليس لنا إجبارها اذا كانت بالغة وفي تزويجها ان كانت صغيرة وجهان وقولهم انها لم تباشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة أو في ملك يمين والمزوجة وهي صغيرة

(فصل) وان ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو بأصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكار ، ذكره ابن حامد لانها لم تختبر للمقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تنزل عذرتها ولو وطئت في الدبر لم نصر ثيبا ولا حكمها حكمهن لانها غير موطوءة في القبل

انها التي زوجها ابوها من ابن أخيه ليرقم بها خيسه فتخييرها لذلك ولانه مما لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، ومن أحد لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين بغير إذنها اختاقت الرواية عن أحمد في الجارية اذا بلغت تسع سنين فالشهور عنه أنها من لم يبلغ تسعا نص عليه في رواية الاثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء قالوا حكم بنت تسع حكم بنت ثمان لانها غير بالغة ولان إذنها لا يستبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح (والرواية اثنائية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور لفهم الآية والدلالة الخبرين بموهوما على أن القيمة تنكح بإذنها ، وان أبت فلا جواز عليها ، وقد اتفق الاذن فيها دونها فيجب حملها على من بلغت تسعا ففعل هذه الرواية يجوز لغير الاب تزويجها بإذنها وحكمها حكم البالغة في جواز إجبارها للاب فيه الروايتان ، وقد روى الامام أحمد بإسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ورواه القاضي بإسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ ومعناه والله أعلم في حكم المرأة ولانها بلغت سننا يمكن فيه حيضا وتحدث لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة اذا زوجت وقد خطب عمر أم كلثوم

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في اذنها في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء ، وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم وفي البكر القول قول الزوج لان الأصل السكرت والكلام حادث فالزوج يدعي الأصل فالقول قوله

ولنا انها منكرة الاذن والقول قول المنكر ولانه يدعي انها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله وإن اختلفنا بعد الدخول فنال القاضي القول قول الزوج ولان التمسكين من الوطء دليل على الاذن وصحة النكاح وكان الظاهر معه ، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها ؟ قال القاضي قياس المذهب انه لا يمين عليها كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته ربه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فان نكحت فنال أبو يوسف ومحمد ثبتت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح ولنا انه اختلاف في زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعي معه كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته فان كانت المرأة ادعت انها أذنت فأنكر ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ، ولانها تدعي صحة العقد وهم يدعون فسادها فالظاهر معها

(فصل في المجنونة) ان كانت ممن نجهز لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها لانه إذا ملك إجبارها مع عقلها وابتناءها فمع عدمه أولى . وان كانت ممن لا يجهز انقسمت ثلاثة أقسام [أحدها] أن يكون وليا الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحنفي لانه جعل للاب تزويج المعتوه فالمرأة أولى . وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنهم منة أبو بكر لانها ولاية اجبار وليس على الثيب ولاية إجبار والاول أصح فان ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة رأينا لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم الاجبار في حتمها إذا كانت عاقلة

بنت أبي بكر بعد موته إلى عاتشة فأجابته وهي لدون عشر ولانها انما ولدت بعد موت أبيها وانما كانت ولاية امر عاتشة فبكرته ، الجارية تزويجها طالعة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها

(مسئلة) (وهل له تزويج الثيب الصغيرة ؟ على وجهين)

أما الثيب الكبيرة فلا يجوز للاب ولا لغيره تزويجها إلا باذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه قال له تزويجها وان كرهت ، والنخعي قال يزوج بنته إذا كانت في عياله فلان كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها قال اسماعيل بن إسحاق لا أعلم أحداً قال في الثيب بتول الحسن وهو قول شاذ خاف فيه أهل العلم والسنة الثابتة فان الحنساء ابنة حذاف الانصارية روت ان أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنبت رسول الله ﷺ فرد نكاحه رواه البخاري وغيره . قال ابن عبد البر هذا الحديث

[القسم الثاني] أن يكون وليها الحاكم ففيها وجهان (أحدهما) ليس له تزويجها بحال لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلا (والثاني) له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل إلى إذهابها فأبيح تزويجها كالتب مع أيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها. إن قال أهل الطب ان علتها نزول بتزويجها لأن ذلك من أعظم مصالحها، وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال وبملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب ان علتها نزول بتزويجها

ولنا ان المعنى المبيح لا تزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحة ودفع حاجتها فأشبه ما لو قال أهل الطب انه يزول عتتها، ونعرف شهورتها من كلامها وقرائن أحوالها كتبها الرجال ومياها إليهم وأشبه ذلك [القسم الثالث] من وليها غير الأب والحاكم فقال القاضي لا يزوجه غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويجها، وإليه فيها وهذا قول أبي حنيفة لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة، ووجه قول القاضي ان الحاكم هو الناظر لها في ما لها دونهم فيكون والياً دونهم كتزويج أمتها، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري، فإن كان لما وصي في ما لها لم يملك تزويجها لأنه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا

هم على صفة والدول به ولا لهم مخالفاً إلا الحسن وكانت النساء من أهل قباء نحت أنيس بن قدامة فقتل عنها يوم أحد فزوجه أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوف فذكرته فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر، وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأم حتى تستأمر » متفق عليه وقال الآيم أحق بنفسها من وليها، وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « ليس لولي مع النيب أمر » رواها النسائي وأبو داود ولأنها رشيدة عالة بالمقصود من النكاح مخبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل.

(فصل) أما النيب الصغيرة ففيها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الحري واختار ابن حامد وابن بطه والقاضي ومذهب الشافعي لعدم الأخبار ولأن الإجبار يختلف بالبكرة والنهوبة لا بالعمر والكبر كما اختلف في صفة الاذن ولأن في تأخيرها فائدة وهي أن تبلغ فتختار لنفسها ويختار أذنها بخلاف البكر (الوجه الثاني) ان لا يبيح تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر عبد العزيز وهو قول مالك وأبي حنيفة لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والغلام بمقتضى ذلك أنها لا تزيد بالنهوبة على ما حصل للغلام بالكورية. ثم الغلام يصير إذا كان صغيراً فكذلك هذه،

«مسئلة» قال (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى وإن قل ذلك غير الاب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها)

وجملة ذلك أن للآب تزويج ابنته بدون صداق مثلها، بكرًا كانت أو ثيبًا، صغيرة كانت أو كبيرة، وبهذا قال أبو الخطاب ومالك، وقال الشافعي ليس له ذلك فإن فعل فلها مهر مثلها لأنه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة الم عوض كالبيع ولأنه تفريط في مالها وليس له ذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال ألا لا تقولوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدا من نسائه ولا أحدا من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم يشكروه فكان إتماما منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل، وزوج سعيد ابن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قریش شرفا وعلما ودينًا، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض وإنما المنعوض السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يكفيها في منصب وبصوتها ويحسن عشرتها والظاهر من الاب مع تمام شفقتة وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويفارق سائر عقود المعارضات فإن المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته فأما غير الاب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها فإن زوج بدون ذلك صح النكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها لأنه قيمة بعضها وليس لولي نقصها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم.

والاخبار محمولة على الكبيرة فانه جعلها أحق من وليها، والصغيرة لاحق لها ويخرج وجه ثالث وهو أن ابنة أرح يزويها وليها بأذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرناه في البكر والله أعلم

«مسئلة» (وللسيد تزويج اماته الثيبات والابكار وعيده الصغار بغير إذنه)

لا نعلم خلافاً في السيد إذا زوج أمته بغير أذنها أنه يصح ثيبًا كانت أو بكرًا صغيرة أو كبيرة وذلك لأن منافعتها مملوكة له والنكاح عقد على منفعة فأشبه عقد الإجارة ولذلك ملك الاستماع بها ولهذا فارقت العبد ولأنه ينتفع بذلك لما يحصل له من مهرها وولدها وتسقط عنه نفقتها وكسوتها بخلاف العبد والمدبرة والملق عتقها بصفة وأم الولد كالامة في اجبارها على النكاح وقال مالك في آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة وللشافعي قولان وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ولنا أنها مملوكة يملك الاستماع بها واجارها فملك تزويجها كالن إذا ملك أخته من الرضاع أو بجوسية فله تزويجها وإن كانتا محرمتين عليه لأن منافعتها ملكة وإنما حرمتا عليه لعارض فأما التي بعضها حر فلا يملك اجبارها لأنه لا يملك اجبار المكاتب لانه بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك اجبارها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل إليه مهرها

(فصل) إذا اشترى عبده للأذن له وركبته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها واعتاقها نص عليه

(فصل) وتام المهر على الزوج لان التسمية ههنا فاسدة لكونها غير مأذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بمهرم وعلى الولي ضمانه لانه المفرط فكان عليه الضمان كمن باع ماله بدون ثمن مثله .

قال أحد أخاف أن يكون ضامنا وليس الاب مثل الولي ولا تملك المرأة الفسخ لانه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم .

«مسئلة» قال (ومن زوج غلاما غير بالغ أو معتوها لم يحز الا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في الزواج)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة :

(أحدها) أنه ليس لغير الاب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضي في المبرد لحاكم تزويجه لانه يلي ماله ، وقال الشافعي بملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فان غير الاب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى ونارق الاب ووصيه فان لها تزويج الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فانه لا إذن له .
(الفصل الثاني) في المعتوه وهو الزائل العقل مجنون مطبق ليس لغير الاب ووصيه تزويجه ، وهذا قول مالك وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعن

أحد وذكره أبو بكر وقال والسيد وطؤها وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالترماء وأصل الخلاف ينسب على دين المأذون له في التجارة فنحننا يلزم السيد فلا يلحق الترماء ضرر ويتصرف السيد في الامة فان الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين تعلق بالبعد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا المذكور في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على الزواج بمصعب عيباً يرد به في النكاح لانه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من الفينة دون السيد وقارق يعيها لمصعب لانه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الامة المحرمة عليه ولم يملك الفسخ لمصعب ولعنته ولا ايلائه فان زوجها من مصعب فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا يصح فلها الفسخ فان كانت صغيرة فهل لها الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله

(فصل) والسيد تزويج عبده الصغير بغير اذنه في قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب مجمل أن لا يملك تزويجه

ولنا أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فبيده مع ملكه إياه وتام ولايته عليه أولى . وكذلك الحكم في عبده الصغير المجنون

ويريد من وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها اذنه وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب ان في تزويجه ذهاب علته لانه من أعظم مصالحه والله أعلم

(الفصل الثالث) أن الاب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلاً أو مجنوناً وسواء كان الجنون مستداماً أو طارئاً فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن لا يجه تزويجه كذلك قال ابن المنذر ومن هذا مذهبه الحسن والزهرى وقناة ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق والشافعي ز أصحاب الرأي لما روي أن ابن عمر زوج ابنة وهو صغير فاختصما إلى زيد فأجازاه جميعاً رواء الاثرم باسناده فأما الغلام المعتوه فلا يجه تزويجه وقال الشافعي لا يجوز لانه يلزمه التزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجوز له ذلك كغيره من الاولياء

ولما أنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل ولانه اذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه الى التزويج رأياً ونظراً لفسده فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، وفارق غير الاب فانه لا يملك تزويج العاقل، وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والحرقي أن للاب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها وقال القاضي إنما يجوز تزويجه اذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته اضراراً به بالزامة حقوقاً لا مصلحة له في الزامها وقال أبو بكر ليس للاب تزويجه بحال لانه رجل فلم يجوز إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجوز تزويجه وان كان مستداماً جاز

ولما أنه غير مكلف فجاز لابه تزويجه كالصغير فانه اذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فهنا أولى

(مسئلة) (ولا يملك اجبار عبده الكبير اذا كان عاقلاً)

وهذا قال الشافعي في أحد قولي وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) ولانه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالامة. ولانه يملك اجارته فأشبه الامة

ولما أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولان النكاح خالص حقه ونفقة له فأشبه الحر والامر بانكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الايامى وانما يزوج عند الطلب ولان مقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه واما الامة فانه يملك منافع بعضها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضاً قياساً على الكبير ويقوى الاحتمال في حق المميز اذا قلنا بصحة طلاقه لانه عاقل مميز يملك الطلاق اشبه البالغ (فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنها او لا وسواء باشر العقد بنفسه أو اذن لبعده فمقتده مأذوناً له في التجارة او محجوراً عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فانه قل

وانا على التسوية بين الطاريء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام ، فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليّه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الأيواء والحفظ وربما كان دواءه ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم .

(فصل) ومن يفتق في الاحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فان ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وان لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(الفصل الرابع) أن ومي الاب في النكاح بمنزلة على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للمومي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك اومي الاب في التزويج خاصة فان كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج لانه إنما يستفيد بالنصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به اليه ومومي غير الاب لا ولاية له على صبي أو مجنون لأن المومي لا يملك ذلك فوصيه أولى

(فصل) وان تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لها النكاح ولا يجوز أن يأذن لها في قبوله لأنها ليسا من أهل النصرف وان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول اليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض أمر البيع اليه ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه، وان تزوج له الولي جاز كما يجوز

نفقته من ضربته وقيل ان كان بقيمة ضربته انفق عليها ولا يعطي المولى وان لم يكن عنده ما ينفق تفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وقائدة الخلاف ان من أزم السيد المهر والنفقة أو جبهما عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد والسيد استخدامه ومنعه الا اكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من التكسب

ولنا انه حق تعلق بالمقد برضا سيده فتعلق بسيده وجاز يعه فيه كما لورهنه بدين ، فعلى هذا لو باعه سيده أو اعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه، لانه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كإرش جانيته فاما النفقة فأنها تتجدد فتسكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد اذا عتق

(فصل) ويجوز ان يتزوج السيد لعبده بإذنه وان يأذن للعبد في تزوج نفسه لانه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة المقد كالحرة ويجوز لمن يأذن له مطلقاً ومعيناً فان عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فيتزوج غيرها لم يصح لانه متصرف بالإذن فينفذ تصرفه فيها اذن له فيه كالوكيل، وان اذن له مطلقاً قل ان يتزوج من شاء لكن ان تزوج امرأة من بلدة أخرى فليس يده منعه من الخروج اليها، وان كانت في البلد فعلى سيده ارساله ليلاً للاستمتاع وان أحب سيده ان يسكنها في مسكن من داره فله ذلك اذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه ارساله نهراً لانه يحتاج الى استخدامه وليس

أن يمتنع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة يعاود وقوع طلاقه وان قلنا لا يصبح ذلك منه هذا أولى .
(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لها بزيادة على مهر المثل لأنه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبائع ماله وهذا مذهب الشافعي، وقد ذكرنا أن للاب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المثل فيه كما يجوز في مداوانه بل الجواز هنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مخنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثله فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجرد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذل الماله فيها لأحاجة به إليه وذكر في الجامع أن له تزويج ابنته الصغيرة بأربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجها بمعية عيباً يرد به في النكاح لأن فيه ضرراً به وتقويتاً لئله فيما لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج في صحة النكاح وجهان فإن قلنا يصبح فهل لاولي الفسخ في الحال؟ على وجهين معنى توجيهها في تزويج الصغيرة بمعيب ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المخنون فلها الفسخ وليس له تزويجها بامة لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معدوم في المخنون

(فصل) وإذا زوج ابنته تعاق الصداق بذمة الابن موسراً كان أو معسراً لأنه عقد للابن فكأن عليه بذله كضمن المبيع وهل يضمنه الاب؟ فيه روايتان (أحدهما) يضمنه نص عليه فقال تزويج الاب لابنته الطبل جائز ويضمن الاب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالعمان (والأخرى) لا يضمنه لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كضمن مبيعه أو كالأوكل قال القاضي هذا

النهار محلاً للاستمتاع غالباً ولسيده السفرة فان حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك السفر وان كرهت امرأته كذا هنا

(فصل) وللسيد ان يمين له المهر وله ان يطلق فان تزوج بما عينه او دونه او بمهر المثل عند الاطلاق او دونه لزم المسمى وان تزوج أكثر من ذلك لم تلزم الزيادة وهل يتلق بركة العبد او ذمته يتبع بها بعد العتق؟ على روايتين على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكرنا ذلك في كتاب الحجر

(فصل) وإذا تزوج أمة ثم اشتراها باذن سيده لسيدة لم يؤثر ذلك في ملكها وان اشتراها لنفسه وقلنا انه لا يملك بالتملك انفسخ النكاح كما لو اشترى الحر امرأة وله وطؤها بملك اليمين باذن سيده فان كان بعضه حراً فاشترى في ذمته او بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه وان ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لأنه لا يملك جميعها وان اشتراها بيمين مال مشتركة بينه وبين سيده بغير اذنه وقلنا انه لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وان قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح للملكة بعضها

أصح وقال انما الروايتان فيما إذا كان معسراً أما المومر فلا يضمن الاب عنه رواية واحدة فان طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق، فان كان ذلك بعد دفن الاب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للاب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبهه ماله وهبه الاب أجنياً وهبه الأجنبي لابن، ويحتمل أن يرجع فيه لأنه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو نفى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول وان ارتدت قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق

(فصل) في المحجور عليه لفسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال (أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح لأنه نصب لمصلحه وهذا من مصالحه لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه فانه ربما تعرض بترك التزويج للآثم بالزنا والحد ومهلك العرض وسراء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله ، وسواء كانت حاجته بالاستمتاع أو إلى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له لأنه يحتاج إلى الخلوة بها وإن لم يكن به حاجة اليه لم يجز تزويجه لأنه يلزمه بالنكاح حقوقاً من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعاً لماله ونفسه في غير فائدة فلم يجز كسبذير ماله وإذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه ، فان زوجه بغير اذنه فقال أصحاً بنا يصح لأنه عقيد معاوضة فملكه الولي في حق المولي عليه كالبيع ، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون ، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير اذنه لأنه يملك الطلاق فلم يجز على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ، وذلك لأن اجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضرار فانه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ، ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى

(فصل) وليس لسائر الاولياء تزويج كثيرة الا باذنها الا المجنونة لهم تزويجها اذا ظهر لهم منها الميل الى الرجال وليس لسائر الاولياء غير الاب تزويج كثيرة بغير اذنها جداً كان أو غيره وبه قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي الا في الجدة فانه جعله كالاب فان ولايته ولاية ايلاد فملك الاجبار كالاب

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها؟ قال « أن تسكت » متفق عليه ولأن الجدة قاصر عن الاب فلم يملك الاجبار كالم ولأنه يدلي بغيره فأشبهه سائر العصبات، وفارق الاب فانه يدلي بغير واسطة ويسقط الجد ويحبب الام عن ثلث المال الى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين فأما المجنونة فلم تزد عليها اذا ظهر لهم منها الميل الى الرجال ذكره أبو الخطاب وقال القاضي لا يزوجه إلا الحاكم لأنه الناظر لها في مالها دونهم فيجب أن يختص بالولاية ووجه الاول أن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم لو كانت ماقلة فكذلك اذا كانت مجنونة وقال الشافعي لا يجوز تزويجها الا أن يقول أهل الطب ان علتها تزول بذلك

فاذا أجبر على من يكرها لم تحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الاخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه ، وإنما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول الى ذلك من قولهما ولم يتمد ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد

(الحال الثاني) أن لولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي لولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لانه من أهل النكاح فانه عاقل مكلف ولذا يكفل بالطلاق والخلع فجاز أن يفوض اليه ذلك ثم هو مخير بين أن يعيز له المرأة أو يأذن له مطلقا . وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التبيين لثلاث تزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالأذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكره ولا يتزوج إلا بمهر المثل فان زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لانها محاطة بماله ولا يملكها ، وإن نقص عن مهر المثل جاز لانه ربح من غير خسران

(الحال الثالث) اذا تزوج بغير اذن قال ابو بكر يصح النكاح أو ما إليه احدى ، قل القاضي يعني اذا كان محتاجا فان عدت الحاجة لم يجوز لانه اتلاف لماله في غير فائدة ، وقال أصحاب الشافعي إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بأذنه لانه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير اذن كالعبد ، وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه فنيه وجهان

ولنا أنه اذا احتاج الى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاءه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فاما أن تزوج من غير حاجة لم يصح فان وطئ الزوجة فعليه مهر المثل لانه أتلف بعضها بشبهة فلزمه عوض ما أتلف كما لو أتلف ماله

ولنا أنها محتاجة اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصياتها عن الفجور وتحصيل النفقة والمهر فجاز تزويجها تحصيلاً لهذه المصالح كثيرها

(فصل) في زويج المجنونة ان كانت ممن يحبر او كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لانه اذا ملك اجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه اولى ، وان كانت ممن لا يحبر فهي ثلاثة اقسام (أحدها) ان يكون وليها الاب أو وصيه كالبنت الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحنفي ولانه جعل للاب تزويج المعتوه فالمرأة اولى وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنع منه أبو بكر لانها ولاية اجبار وليس على البنت ولاية اجبار والاول اصح فان ولاية الاجبار انحلت عن العاقلة بمحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم في البنت الصغيرة اذا قلنا بعدم الاجبار في حقها اذا كانت عاقلة (القسم الثاني) ان يكون وليها الحاكم وفيها وجهان احدهما ليس له بصل لان هذه ولاية اجبار فلا يثبت لنير الاب بمال عضلها والثاني له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت او صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لأن لها حاجة اليه لدفع

(فصل) وليس لغير الاب تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كرمي الاب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه لانعلم في هذا خلافاً ، فأما الاب اذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال احمد في رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم ان الابوين كرها هل لهما أن يفسخا فقال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال ابو بكر لم يبايني عن ابي عبد الله في هذه المسئلة إلا هذه الرواية فتخرج على قولين

(أحدهما) يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لأنها ولاية يستفيد بها تملك البضع فجواز أن يملك بها إزالته اذا لم يكن منهما كلاً كما يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار (والقول الثاني) لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ «إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ وَلَأنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْبُضْعَ فَلَا يَمْلِكُ الطَّلَاقَ بِنَفْسِهِ كَرَمِي الْإِبِ وَالْحَاكِمُ وَكَالسَيِّدُ يَزُوجُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ، وبِهَذِهِ الْأَصُولُ يَبْطُلُ دَلِيلُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ

(فصل) واذا ادعت امرأة المجنون عتته لم تفرب له مدة لأنها لا تثبت إلا بأقرار الزوج ولا حكم لأقراره ، وإن أقر بالعنة وهو صحيح فضررت له المدة ثم جن وانقضت المدة وضابت المرأة بالفسخ لم يفسخ لأنها إن كانت ثيباً فالقول قوله ، وإن كانت بكرأ فادعى منعها إياه نفسها وأنه وطئها فعادت عذرتها فله استعلانها فاذا كان لا يبر عن نفسه لم يستعلم ولا يثبت ما قاتته فلم يفسخ عليه (مسئلة) قال (واذا زوج أمته بنير اذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة)

ضرر الشهوة عنها وصياتها عن الفجور وتحصيل المهر والثقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى اذنها فأبيح تزويجها كاتيب مع ايها وكذلك ينبغي ان يملك تزويجها ان قال أهل الطب علماً تزول بزويجها لان ذلك من أعظم مصالحها وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة اذا قال أهل الطب ان علماً تزول بزويجها

ولنا أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كال كبيرة اذا أظهرت شهوة الرجال فهي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها ، وتعرف شهوتها من كلامها من قرائن أحوالها كتبها الرجال وميلها اليهم وأشباه ذلك (القسم الثالث) من وليها غير الاب والحاكم فقال القاضي لا يزويجها الا الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بينا وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج مولته فيها وهذا قول أبي حنيفة لان ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت مائة ، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر في ما لها دونهم فكان وليا دونهم كتزويج أمها ولان هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري فان كان وصياً في مالها لم يملك تزويجها لانه لا ولاية له والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الاب والحاكم كما ذكرناه

لأنهم في هذا خلافاً وذلك لأن منافعتها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها فأشبه عقد الاجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد ولأنه ينفع بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد

(فصل) والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالامة القن في اجبارها على النكاح ، وقال مالك آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنهما وكرهه ربيعة ، ولشاذلي فيه قولان لأنه لا يملك التصرف في رقبته فكذلك لا يملك تزويجها بغير إذنها كالخته

ولنا أنها مملوكة يملك الاستمتاع بها واجارتها فملك تزويجها كالقن ولأنها إحدى منفعتيها فملك أحد عوضيها كسائر منافعتها ، وما ذكره يبطل بآبنته الصغيرة لا يملك رقبته وملك تزويجها ، وإذا ملك أخته من الرضاع أو مجوسية فله تزويجها ، وإن كانتا محرمتين عليه لأن منافعتها مملوكة وأما حرمتا عليه لعارض ، فأما التي بعضها حر فلا يملك سيدها إجبارها لأنه لا يملك جميعها ولا يملك إجبار المكاتبه لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ولا تزويجها ولا يصل إليه مهرها فهي كالعبد (فصل) فإن طالبت الامة من سيدها تزويجها فإن كان يطؤها لم يجبر على تزويجها لأن عليه ضرراً في تزويجها ووطؤها لما يدفع حاجتها فإن كان لا يطؤها لكونها محرمة عليه كالمجوسية وأخته من الرضاع أو محملة له لكن لا يرغب في وطئها أجبر على تزويجها أو وطئها إن كانت محملة له وإزالة ملكه عنها لأنه وليها فأجبر على تزويجها كالخبرة ، ولأن حاجتها قد نشدت إلى ذلك فأجبر على دفعها كالاطعام والكسوة وإذا امتنع أجبره الحاكم ، وإن طالبت منه من نصفها حر أو المكاتبه أو أم الولد التزويج أجبر عليه لأنه وإيهن فأجبر على تزويجها كالحرائر

(مسئلة) (وليس لهم تزويج صغيرة بحال)

لما روي أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال «أنها يتيمة ولا تنكح إلا بأذن» لا إذن هؤلاء وعن أحمد إن لهم ذلك ولما الخيار إذا بلغت وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقنادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبي حنيفة وقال هؤلاء عن أبي حنيفة إذا زوج الصغيرين غير الأب فلها الخيار إذا بلغا لقول الله تعالى (وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) مفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة ، واليتيمة التي لم تبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد احتلام » قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى) قالت يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها يسجبه مالها وجمالها يريد أن يزوجه بغير أن يقسط في صداقها فيعطيهامثل ما يعطياغيره وان نكحهن إلا أن يقسطوا فيهن ويلقوا أهل سننهن في الصداق . متفق عليه وروى عائشة أن جارية بكرت زوجها أبوها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم الحديث مرسل (والثالثة) لهم تزويجها إذا بلغت تسع سنين

٤٠٤ امتناع تزويج العبد وهو كاره الا أن يكون صغيرا (المفني والشرح الكبير)

(فصل) وإذا اشترى عبده المأذون أمة وركبته ديون ملك سيده تزويجها ويبيعها واعتاقها نص عليه أحمد وذكره أبو بكر وقال للسيد وطؤها ، وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالترماء ، وأصل الخلاف ينفى على دين المأذون له في التجارة فعسداً يلزم السيد فلا يلحق الترماء ضرر بتصرف السيد في الأمة فإن الدين ماتعاق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبها في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا يذكر في موضعه

(فصل) وليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لأنه يؤثر في الاستمتاع وذلك حتى لها ولذالك ملكك الفسخ بالجلب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لأنه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة ولم تملك الأمة الفسخ لغيره ولا عته ولا إيلائه ، وإن تزويجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا يصح فلها الفسخ وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال أو ينتظر البلوغ؟ على وجهين ، ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كاه

(مسئلة) قال (ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز الا ان يكون صغيرا)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن السيد لا يملك اجبار عبده البالغ العاقل على النكاح وهذا قال الشافعي في أحد قوليه وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) ولأنه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالأمة ولأنه يملك اجارته فأشبه الأمة .

لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «تستأمر النخبة في نفسها فان سكنت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها» رواه أبو داود وقد اتفقت الأذن فيمن لم تبلغ تسع سنين فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

(فصل) ويستحب للاب استئذان ابنته البكر لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ونهى عن الانكاح بدونه ، وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولأن فيه تطيب قلبها وخروجاً من الخلاف ، وقالت عائشة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أم لا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «نعم تستأمر» وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «استأمروا النساء في إرضاعهن فان البكر تسحب في نفسها فهو إذنها» متفق عليهما وروي عن عطاء قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته إذا انكحهن قال كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول «إن فلانا يذكر فلانة» فان حركت الخدر لم يزوجه وان سكنت زوجها . ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «آمروا النساء في بناتهن» ولأنها تشارك في النظر لبناتها وتحصيل المصلحة لها لشفتها عليها وفي استئذنها تطيب قلبها وارضائها فيكون لى

ولنا أنه مكاف يملك العتاق فلا يجبر على النكاح كالحمل لان النكاح خاص به ونفقه له فأشبهه الحر والامر بالنكاحه مختص بحال ماله بدليل عطفه على الايدي وانما يزوجن عند الطلب ومنتهى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه، وأما لامة فانه يملك منافعهم والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدني وهو يملك استيفاءها.

(الفصل الثاني) في العبد الصغير الذي لم يبايع المالك تزويجه في قول أكثر أهل العلم إلا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل أن لا يملك تزويجه .

ولنا أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبدته مع ملكه له وتام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده المجنون .

(فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لم يضمهما وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقدته وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فانه ثل نفقته من ضريبته وقال ان كان بقيمة ضريبته انفق عليها ولا يملك المولى وان لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وفائدة الخلاف أن من الزم السيد المهر والنفقة أوجبها عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس المرأة الفسخ لعدم كسب العبد والسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب ومن عتقه بكسبه لم يكن له كسب للمرأة الفسخ وليس له يد منه من الكسب

ولنا أنه حق تعلق بالعبد برضا سيده فتعلق بسيدة وجاز بيعه فيه كما لو رهنه بدين . فعلى هذا لو باعه سيده أو عتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لانه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه

(مسئلة) (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات)

اما الثيب فلا نعلم بين اهل العلم خلافا في ان اذنها الكلام لاخبر وان اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير اشياء يسيرة اقيم الصمت فيها مقامه لما روى ، واما البكر فاذنها صماتها في قول عامة اهل العلم منهم شريح والشمسي والنخعي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وابو حنيفة، ولا فرق بين كون الولي ابا او غيره وقال اصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الاب وجهان (احدهما) لا يكون اذنا لان الصمات عدم الاذن فلا يكون اذنا ولانه محتمل للرضا وغيره فلا يكون اذنا كما في حق الثيب وانما اكتفى به في حق الاب لان رضاها غير معتبر ، وهذا شذوذ عن اهل العلم وترك السنة الصحيحة الصريحة بسان الشافعي عن اضافته اليه وجعله مذهبا له مع كونه من اتباع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يخرج منصف على هذا القول وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « لا تمكح الايم حتى تستأمر ولا تمكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها قال « ان تسكت » وفي رواية عن عائشة انها قالت يا رسول الله إن

كأرض جنابته فأما النفقة فأنها تتجدد فتكون في الزمن المستعمل على المشتري أو على العبد إذا أعنى
(فصل) ويجوز أن يتزوج السيد لعبد باذنه ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لأنه مكلف
يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومقيداً، فإن عين له امرأة
أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح لأنه متصرف بالأذن فقيد تصرفه بما أذن
له فيه كالوكيل وإن أذن له مطلقاً فله أن يتزوج من شاء. لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فلا سيد
منعه من الخروج إليها وإن كانت في البلد فعلى السيد إرساله ليلاً للاستمتاع وإن أحب سيده أن
يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلاً ولا يلزمه إرساله نهاراً لأنه يحتاج إلى استخدامه
وليس النهار محلاً للاستمتاع ولسيده المسافرة به فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر
والحر، بل لا يحل المسافرة وأن كرهت امرأته كذا ههنا

(فصل) والسيد أن يمين له المهر وله أن يطلق فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بهر المثل عند الإطلاق
أو دونه لزم المسمى وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة، وهل تنعاق رقة العبد أو بذمته يقيم
بها بعد العتق؟ على روايتين بناء على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكر في باب المضرة

(فصل) وإن تزوج أمة ثم اشتراها باذن سيده لسيدته لم يؤثر ذلك في نكاحه وإن اشتراها
لنفسه وقلنا إن العبد لا يملك بالتملك فكذلك وإن قلنا يملك بالتملك انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر
امرأته وله طؤها بملك اليمين إذا أذن له السيد فإن كان نصفه حراً فاشترى في ذمته أو بما يختص
بملكه انفسخ نكاحه لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم يحل له لأنه
لا يملك جميعها وإن اشترى بيمين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه وقلنا لا تفرق الصفقة لم
يصح البيع والنكاح بحاله وإن قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح لم يملك بعضها
(فصل) وإن اشترت الحرة زوجها أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح لأن ملك النكاح

البركتستحي قال «رضاؤها صحتها» متفق عليه، وفي رواية «تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكنت فهو أذن»
وهذا صريح في غير ذات الأب والأخبار في هذا كثيرة ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالأذن
ولا تستحي من أبائها واستأمرها فإذا سكنت غلب على الظن أنه كرهاها فاكتمت به وما ذكره يفضي إلى
أن لا يكون صحتها إذنا في حق الأب أيضاً لأنهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون إذا ردأ على النبي صلى الله
عليه وسلم بالكلية وأطراحا للأخبار الصريحة الجلية وخرقا لاجماع الأمة

(فصل) فإن أذنت بالنطق فهو ابنته وأتم، وإن ضحك أو بكى فهو بمنزلة سكوتها، وقال أبو يوسف
ومحمدان بكت فليس باذن لأنه يدل على الكراهة وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث.

ولنا ما روى أبو بكر بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «تستأمر

(المفني والشرح الكبير) فروغ في شراء الحرة زوجها أو ملكها له بهبة ونحوها ٤٠٣

واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا لملكه ولأن المرأة تقول أنفق علي لا تقي امرأتك وأنا أسافر بك لأنك عبيدي ويقول هو أنفقتي علي لا تقي عبدك وأنا أسافر بك لأنك امرأتي فيتنافي ذلك فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لأنه أضعف ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وله عليها الثمن فإن كانا دينين من جنس تقاصا ونساقطا وإن كانا متساويين وإن تفاضلا سقط الأقل منهما بمثله وبتي الفاضل ، وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه . وقال الشافعي في أحد قوله يسقط مهرها لأنه دين في ذمة العبد فإذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو أنف لها مالا ، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في إسقاطه

وذكر القاضي فيه وجهاً أنه يسقط لأن ثبوت الدين في ذمة السيد تبع اثبوت ذمة العبد فإذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً كالدين الذي على الضامن إذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ، ولأنه ثبت في التمتين جميعاً أحدهما تبعاً للآخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال ، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل دخوله بها وفي سقوط باقيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع فأنسخ إذاً من جهته فلم يسقط جميع المهر كالخلع (والثاني) يسقط لأن الفسخ إنما يتم بشراء المرأة فأشبهه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لأعساره وشراء الرجل لامرأته

(فصل) فإن ابتاعته بصدقتها صح نص عليه أحمد وذكره أبو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجمعيه إن قلنا يسقط جميعه ، ويحتمل أن لا يصح البيع وهو قول أصحاب الشافعي

اليتيمة فإن بكت أو سكنت فهو رضاها وإن ابت فلا جواز عليها ، ولأنها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان إذاً منها كالصمت والضحك والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنعت فإنها لا تستحي من الامتناع والحديث يدل بصريحته على أن الصمت اذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء ولذلك أئنا الضحك مقامه

(مسئلة) (ولا فرق بين الثبوتية بوطء مباح او محرم)

وجملته ان الثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء مباحا او محرما وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لأن علة الاكتفاء بصمت البكر الحياء من الشيء ولا يزول الا بمباشرة وهذه لم تبشر الاذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله .

ولنا قوله عليه السلام «البكر تعرب عن نفسها» ولأن قوله عليه السلام «لا تسكح الأيم حتى تستأمر

لأن ثبوته يقتضي نفيه فإن صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لانه عوض ولا يصح بغير عوض
ولنا انه يجوز أن يكون ثمة لغير هذا العبد فجاز أن يكون ثمة له كغيره من الديون وما سقط منه يرجع عليه به

(مسألة) قال (فإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما)

وجهة ذلك أنه ان كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقاً فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقاتدة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وبه قال عطاء، ومالك ما لم يدخل بها الثاني فإن دخل بها الثاني صار أولى أقول عمر إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني ولأن الثاني اتصل بعقد القبض فكان أحق

ولنا ما روى سمرة وعقبة عن النبي ﷺ أنه قال « إنما امرأة زوجها وليان فهي للأول » أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة . وروى نحو ذلك عن علي وشريح ولأن الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلاً كما لو علم أن لها زوجاً، ولأنه نكاح باطل لو عرى عن الدخول فكان باطلاً وإن دخل كنكاح المعتدة والمرتد وكما لو علم، فأما حديث عمر رضي الله عنه فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي رضي الله عنه وجاء على خلاف حديث النبي ﷺ وما ذكره من القبض لا معنى له فإن النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ف يبطل بسائر الانكحة الفاسدة

ولا تنكح البكر حتى تستأذن وأذنها ان تسكت « يدل على انه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت اذناً لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب فان الثيب الموطوءة في القبل وهذه كذلك ولأنه لو وصى لثيب النساء دخلت في الوصية ولو وصى للابكار لم تدخل ولو شرطها في التزويج أو الشراء فوجدتها مصابة بالزنا ملك الفسخ، ولأنها موطوءة في القبل اشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء لا يصح فانه امر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يتبر بهظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي إلى ابطال منطوق الحديث فيكون باطلاً في نفسه، ولا فرق بين المكره والمطوعة، وعلى هذا ليس لانيها إخبارها إذا كانت بالغة، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان قولهم انها لم تبشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة وبملك يمين والمزوجة وهي صغيرة .

(مسألة) (فأما زوال البكارة بأصبح أو وثبة فلا يغير صفة الاذن)

(فصل) إذا استوى الأولياء في الدرجة كالأخوة وبناتهم والاعمام وبناتهم فلا ولي تقديم أكبرهم وأفضلهم لأن النبي ﷺ لما تقدم إليه بحبسة وحبوسة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ «كبر كبر» أي قدم الأكبر قدم الأكبر فتكلم حبوسة ، وإن تشاحوا ولم يقدموا الأكبر أفرع بينهم لأن حقهم استوى في القرابة وقد كان النبي ﷺ إذا أراد السفر أفرع بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا هنا ، فإن بدر واحد منهم فزوج كفؤاً بأذن للمرأة صح وإن كان هو الأصغر المفضل الذي وقعت القرعة لغيره لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية بأذن موليته فصح كما لو انفرد وأما القرعة لازلة المشاحة

﴿مسئلة﴾ قال (فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني)

أما إذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فأما تدفع إلى الأول ولا شيء على الثاني لأن عقده عقد فاسد لا يرجب شيئاً ، وإن وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به المهر وترد إلى الأول ولا يحمل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الأقراء ولم تحمل ، نص عليه أحد وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر وقال أحد رحمه الله لها صدق بالميسر وصدق من هذا ولا يرد الصدق الذي يؤخذ من الداخل بها على الذي دفعت إليه وذلك لأن الصدق في مقابلة الاستمتاع بها فمكأن لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ، ولا يحتاج هذا النكاح الثاني إلى فسخ لأنه

إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء كالوثبة أو شدة حيضة أو أصبح أو عود فحكها حكم الإبكار ذكره ابن حامد لأنها لم يجز المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فاشبهت من لم تزل عندها وكذلك لو وطئت في الدبر لأنها غير موطوءة في القبل.

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء وقال زفر في الثيب كقول الجماعة وفي البكر القول قول الزوج لأن الأصل السكوت والكلام حادث والزوج يدعى الأصل والقول قوله .

ولنا أنها منكرة للأذن والقول قول المنكر ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فسمعت والأصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله ، وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضي قول الزوج لأن التمكن من الوطء دليل على الأذن وصحة البكارة فكان الظاهر معه ، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضي : قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فأنكرته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فإن نكحت فقال أبو يوسف ومحمد ثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح .

باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لا حكم له ،
ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لا بالتسمية ، وذكر أبو بكر ان الواجب المسى ، قال القاضي هو
قياس المذهب والاول اصح لما قلناه والله اعلم

(مسئلة) قال (فان جهل الاول منها فسخ النكاحان)

وجملة ذلك انه اذا جهل الاول منها فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعها أو يعلم ان أحدهما قبل
الآخر لا بعينه أو يعلم بعينه ثم يشك فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعا
نص عليه احدى رواة الجماعة ثم تزوج من شات منهما أو من غيرها ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك
وعن أحمد رواية أخرى انه يقرع بينهما فن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد انفارح
نكاحه ، فان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئا وان كانت زوجة الآخر بانته بطلانه
وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لان القرعة تدخل التمييز بالحقوق عند التساوي كالسفر باحدى نسائه
والبداءة بالميت عند إحداهن وتعيين الانصاء في القسمة

وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقه فان أيا فرق بينهما ،
وهذا قريب من قولنا الاول لانه تعذر إضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الفرج بالتفريق ، وقال
الشافعي وابن المنذر : النكاح مفسوخ لانه تعذر امضاؤه ، وهذا لا يصح فان العقد الصحيح لا يعطل
بمجرد إشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول إلا بفسخه كذا هنا . وقد

ولنا أنه اختلاف في زوجيته فلا يثبت بالنكول كما لو ادعى الزوج أصل الزوج فأنكرته ، فان
كانت المرأة ادعت أنها اذنت وأنكرته وبرئة الزوج قال قول قولها لانه اختلاف في أمر مختص بها
صادر من جهتها فكان القول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ولانها تدعي صحة العقد
وهم يدعون فسادها فالظاهر معها

(فصل) في المحجور عليه لسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته الى النكاح لانه نصب لمصلحه وهذا من مصالحه
لأنه يصون به دينه وترضه ونفسه . فانه ربما تعرض بترك التزويج للآثم بالزنا
الموجب الحد وهتك العرض ، وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله وسواء كانت حاجته الى
الاستمتاع أو الى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له لانه يحتاج الى الخلوة بها وان لم يكن به حاجة اليه لم
يجز تزويجه لانه يلزمه بالنكاح حقوق من المهر والنفقة والعشرة والميت والسكنى فيكون تضييماً لماله
ونفسه في غير فائدة فلم يجز كتنذير ماله واذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه فان زوجه بغير اذنه
فقال أصحابنا يصح لانه عقد معاوضة فملك الولي في حق المولي عليه كالبيع ولانه محجور عليه أشبه

روى عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سلمان أنها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها وهذا غير صحيح فإن أحدهما ليس بزوجة لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد إلا أحدهما كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها، إلا أن يردوا بقولهم أنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فإنه يستقضى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينها جميعاً وبفسخ أحد النكاحين عن فسخها، فإن أبت أن تختار لم تخير وكذلك ينبغي أنه إذا أقرم بينهما فوقع القرعة لأحدهما لم تخير على نكاحه لأنه لا يعلم أنه زوجها فتيهين إذا فسخ النكاحين ولما أن تزوج من شات منهما أو من غيرها في الحال أن كان قبل الدخول وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضي عدتها من وطئه

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنني السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قوليهما، وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداءً ولنا أن الخصم في ذلك هو الزوج الأخير فلم يقبل إقرارها في إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك، وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناءً منهم على أن إقرارها مقبول، فإن فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل إقرارها لانهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن العقدين وقعاً معاً لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لاحتاجة إلي فسخهما

الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير إذنه لانه يملك الطلاق فلم يخبر على النكاح كالرشيد والبلد الكبير وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار فانه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ولانه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى فإذا أجبر على من يكرها لم يحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الأخرى فيحصل مجرد ضرر مستثنى عنه وإنما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولها ولا يتعد ذلك هنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد (الحال الثاني) أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لانه من أهل النكاح فانه باطل مكلف وكذلك يملك الطلاق والحلم فجاز أن يفوض إليه ذلك وهو غير بين أن يعين له امرأة أو يأذن له مطلقاً وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التمين له لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالأذن للبلد وبهذا يطل ما ذكره، ولا يتزوج إلا بمهر المثل فإن زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لأنها محاباة بماله وهو لا يملكها وإن نقص عن مهر المثل جاز لانه تزوج من غير خسران (الحال الثالث) إذا تزوج بغير إذن فقال أبو بكر يصح النكاح

لأنهما باطلان من أصلهما ولا مهر لما على واحد منهما ولا ميراث لما منها ولا يرثها واحد منهما كذلك وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالها ، وقال أبو بكر لا مهر لها لأنها مجبران على الطلاق فلم يلزمها مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عنته ، وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلا أحدهما نصف ميراثها فوقف الأمر حتى يصلحها عليه ويحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث ، وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما ، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ربع ميراث من أقرت له ، فإن كان قد ادعى ذلك أيضاً دفع اليها ربع ميراثه ، وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع إيمانهم فإن نكحوا قضى عليهم ، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منها ويبرأ ، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه وقد روي حنبل عن أحمد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيهن زوج يقرع بينهما فأيتين أصابها القرعة فهي زوجته ، وإن مات الزوج فعلى التي تزته والله أعلم

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقتلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لاقراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه ، وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك ، وإن ماتت هي قبلهما احتمل أن يرثها المقر له كما رثه ، واحتمل أن لا يقبل اقرارها له كما لم يقبله في نفسها ، وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته ، وليس لورثة

أولاً إليه أحد قال القاضي يعني إذا كان محتاجاً فإن عدت الحاجة لم يحز لانه اتلاف ماله في غير فائدة وقال أصحاب الشافعي أن أمكنه استئذان وليه لم يصح الا بإذنه لانه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذنه كالمبدوان طلب منه التكاح فأبى أن يزوجه فقيه وجهان

ولنا أنه إذا احتاج الى التكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاءه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فأما ان تزوج من غير حاجة لم يصح وإن وطئ فعليه مهر المثل للزوجة لانه أتلف بعضها بشبهة فلزم عوض ما أتلف كاتلاف مالها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الثالث الولي فلا نكاح الا بولي)

فان زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولا تملك توكيل غير وليها فان فعلت لم يصح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وطائفة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله النميري وإسحاق وأبو عبيد، وروى عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فان فعلت كان موقوفاً على إجازته وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في الانكاح لان الله تعالى قال (ولا تفضلوهن أن يتكهن أزواجهن) أضاف

كل واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وإن لم يقر لواحد منهما أقرع يدها وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة وإن كان أحدهما قد أصابها فإن كان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواه، وإن كانت مقررة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر لها بالمسمى أو اصطلاحاً فلا كلام وإن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط فإن كان المسمى أكثر فهو مقر لها بزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها والله أعلم (فصل) وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا، وقال أبو الخطاب في ذلك روايدان والصحيح أنه مقبول لأنها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل اقرارها كما لو أقرت أن وليها باع أمها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل انكاره لان الحق على غيره وقد أقر به وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عينهما فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم يلغى إلى انكارهما لان الشهادة إنما يحتاج اليها مع الانكار ويحتمل أن لا يقبل اقرارها مع انكار أبيها لان تزويجها اليه دونها فإن ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها وإن مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته. إنكار الأقرار منهما بتصديقها وكذلك لو أقرت المرأة دونها فمات قبل أن يصدقها لم يرثه، وإن ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا.

(مسئلة) قال (واذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل)

أجهم أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده فإن نكح لم ينعقد نكاحه في قولهم

النكاح بين منعهن ولانه خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها كيبم أمها ولأنها إذا ملكت بيع أمها وهو تصرف في رتبها وسائر منافقها في النكاح الذي هو عقد على بعض نفعها أولى.

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة وأبو موسى وابن عباس قال المروزي سألت أحمد ويحيى عن حديث « لا نكاح الا بولي » فقالا صحيح وروي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فإن أصابها فله المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما فإن قيل فإن الزهري رواه وقد أنكره قال ابن جريج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم يقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية كذلك قال الامام أحمد ويحيى ولو لم يثبت هذا لم يكن فيه حجة لانه قد نقله ثقة عنه فلو لسيه الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان قال النبي صلى الله عليه وسلم « نسي آدم فنسيت ذريته » ولأنها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة فأما (المفني والشرح الكبير) (٥٢) (الجزء السابع)

جميعاً ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل والصواب ما قلنا إرشاء الله فأنهم اختلفوا في صحته فمن أحد في ذلك رؤيتان أظهرهما أنه باطل وهو قول عثمان وابن عمر وبه قال شريح وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه موقوف على إجازة السيد فإن أجازته جاز وإن رده بطل وهو قول أصحاب الرأي لأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر » رواه الأثرم وابن ماجة ، وروى الحلال بأسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان » قال حنبل ذكرت هذا الحديث لأبي عبد الله قال هذا حديث منكروا رواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه ، من قوله ولأنه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود

(مسئلة) قال (فإن دخل بها فلي سيدة خمساً المهر كما قال عثمان رضي الله عنه إلا أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيدة أكثر من قيمته أو يسلمه)

في هذه المسئلة خمسة فصول . (الاول) في وجوب المهر وله حالان (أحدهما) أن لا يدخل بها فلا مهر لها لأنه عقد باطل فلا نوجب بمجردة شيئاً كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لا نوجب بمجردة شيئاً (الحال الثاني) أن يصيبها فالصحيح من المذهب أن المهر يجب رواه عنه جماعة وروى عنه حنبل أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيده وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون

الآية فإن عضلها الإمتناع من زواجها وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي وهذا يدل على أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين استع من التزويج فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضافه إليها لأنها تحمل له إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز لها تزويج

(مسئلة) (وعن أحمد أن لها تزويج أمتها ومعتقها)

وهذا يدل على أنه يصح اعتبارها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وليها وغيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم «أيما امرأة انكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل» يدل بمفهومه على صحته باذنه ولأنها إنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه القسوة وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها والمذهب الاول لمعوم قوله «لأنكاح الابولي» وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص هنا خرج مخرج الغالب فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها والملة في منها صياتها عن مباشرة ما يشرع بوقاحتها ودمعوتها وميلها إلى الرجال وذلك ينافي جال أهل الصيانة والبرودة

موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومته في عدم العداق وهو قول ابن عمر ورواه الاثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد وقال المرأة انك أبحت فرجك وأبطل صداقها ووجهه أنه وطئ امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا قال القاضي هذا اذا كانا عالمين بالتحريم فالما ان جهات المرأة ذلك فلها المهر لأنه لا ينقص عن وطئ الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد تنتفع به بهداق وهو قول الشافعي الجديد لأن هذا حق لزمه برضى من له الحق فكل من عمله القصة كالقدين والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام «ايماء امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فتكاحها باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها» وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه ولأنه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجباً كسائر النكحة الفاسدة

(الفصل الثاني) أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه الا بندي السيد، وقد ذكرنا احتمالاً آخر أنه يتعلق بذمة العبد والاول أظهر الا أن الوطء أجري مجرى الجنابة الموجبة للغيان بغير اذن المولى وذلك وجب المهر «هنا وفي سائر النكحة الفاسدة ولو لم تجز مجراها ما وجب شيء» لأنه يرضى المستحق والله أعلم (الفصل الثالث) أن الواجب من المهر خمسه وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وحمل به أبو موسى، وعن أحمد أنها إن علمت أنه عبد فلها خمسها المهر واذا لم تعلم فلها المهر في رقة العبد وعنه أن الواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكاله كالوطء في النكاح بلا ولي وفي سائر النكحة الفاسدة ووجه الاول ما روى الامام أحمد بإسناده عن حلاس

(فصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولي لعقده حاكماً لم يجز نقضه وكذلك سائر النكحة الفاسدة وخرج القاضي وجهاً في هذا خاصة أنه ينقض وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لأنه خالف نصاً والاول أولى لأنها مسألة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم به كما لو حكم بالشفعة للجار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضته ظواهر

(مسئلة) (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

أما قيد المرأة بالحرة لأن الامة لا ولاية لايها عليها بغير خلاف علمناه وأولى الناس بتزوجها أبوها لأنه لا ولاية لاحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة وقال مالك والنعري وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهي رواية عن أبي حنيفة لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تمصياً لأنه يسقط تمصيب جده

ولنا أن الولد موهوب لايه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لايك» واثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولأن الأب

٤١٢ ان كان المهر الواجب على العبد زائدا على قيمته لم تلزم السيد الزيادة (المغني والشرح الكبير)

ان غلاما لابي موسى تزوج بمولاة تيجان التيجي بغير إذن أبي موسى فكتب في ذلك إلى عثمان فكتب اليه عثمان ان فرق بينهما وخذها الحسين من صداقها وكان صداقها خمسة ابرة ولان المهر أحد موجبي الوطء فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العوضين في النكاح فينقص العبد كعدد المنكوحات (الفصل الرابع) أنه يجب خمسا للمسي لان صار فيه الى قصة عثمان رضي الله عنه وظاهرها أنه أوجب خمسي المسمى ولهذا قال وكان صداقها خمسة ابرة ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم التلغات ولا وجب القيمة وهي الثمان دون الابريرة ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل لانه عوض عن جنابة فسكان المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنابات وقيمة المحل مهر المثل (الفصل الخامس) أن الواجب إن كان زائدا على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فاذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه ارش الجنابة فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وفدائه الى السيد ، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع بابين من هذا .

(فصل) اذا أذن السيد لعبد في تزويجه بمعينة أو من بلد معين ، أو من جنس معين ، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وان أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحا فاسدا فكذلك لانه غير مأذون له فيه وان أذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحا فاسدا احتمل أن يكون كذلك لان الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله اذنه لان اللفظ باطلاقة يتناوله ، وان أذن له في نكاح فاسد وحصلت الاصابة فيه فعلى سيده جميع المهر لانه باذنه والله أعلم .

أكل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولان الاب يقوم على ولده في صفه وسفه وجنونه فليه في سائر ما ثبت الولاية عليه فيه بخلاف الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ولان الولاية احتكام واحكام الاصل على فرعه أولى من المكس وفارق الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

(مسألة) (ثم أبوه وان علا)

يعني أن الجد أبأ الاب وإن علت درجته أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي وعن احمد رواية أخرى ان الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم وعن احمد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد لان الجد يدلي بأبوة الاب والاخ يدلي بالبنوة والبنوة مقدمة وعنه رواية رابعة ان الاخ والجد سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب واستوائهما في القرابة بوجوب استواءهما في الولاية كالاخوين ولانها عصبتان لا يسقط احدهما الآخر فاستويا

« مسألة » قال واذا تزوج الامة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر وعليه ان يفديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينهما ان لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الاماء ، وان كان ممن يجوز له أن ينكح فرضى بالمقام فما ولدت بعد الرضي فهو رقيق (في هذه المسئلة فصول ستة (أحدها) أن النكاح لا يفسد بالفرور، وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي في أحد قولييه يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبهه ما لو قال بعتك هذا الفرس فاذا هو حمار . ولنا أن المفقود عايه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمه في صحته كالقول قال زوجتك هذه البيضاء فاذا هي سوداء ، أو هذه الحسناء فاذا هي شوهاء . وكذا يقول في الاصل القدي ذكره ان العتد القدي ذكره صحيح لان المفقود عليه العين المشار اليها وان سلبناه فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم فانت الذات فان ذات الفرس غير ذات الحمار وهما مختلفان في الصفات . و (الثاني) أن اليبس يؤثر في فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أي شيء . كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه . (الفصل الثاني) ان أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لانه اعتقد حريةا فسكان أولاده أحرار لاعتقاده ما يقتضي حريةهم كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائنها فبانت مفصولة بعد أن أولدها (الفصل الثالث) أن علي الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما ، وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى ليس

في الولاية كالاخرين

ولنا ان الجد له ايلاد وتمصيب فيقدم عليها كالأب ولان الابن والاخ يقادان بها والاخ يقطع بسرعة ما لها بخلاف الجد والجد لا يسقط في الميراث الا بالأب والاخ يسقط به وبالأب وابنه، واذا ضاق المال وفي المسئلة جد واخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليها كالأب وكتقدمه على العم وسائر المعينات اذا ثبت هذا فالجد وان علا اولي من جميع المعينات غير الاب واولى الاجداد اقربهم كالجد مع الاب

﴿ مسألة ﴾ (ثم ابنها ثم ابنه وإن سفل متى عدم الاب وأبؤه)

واولى الناس بزواج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال اصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا ان يكون ابن عم او مولى أو حاكفيلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها ولا يلي نكاحها لحالها ولان طبعه يفر من تزويجها فلا ينظر لها ولنا ما روت ام سلمة أنها لما انفقت عنها ارسل اليها رسول الله ﷺ يخاطبها فقالت يا رسول الله ليس اجدن أولياي شاهدا قال « ليس من أولياك شاهد ولا غائب يكره » ذلك فقالت قم يا عمر فزوج

عليه فداؤهم لأن الولد يعتقد حر الأصل فلم يضمه لسيده الأمة لأنه لم يملكه وعنه أنه يقال له اند أولادك والافهم يتبعون أمهم فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقاً لأنهم رقيق بحكم الأصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقتها . وقال الحلال اتفق عن أبي عبد الله أنه يندي ولده وقال أحق عنه في موضع إن الولد له وليس عليه أن يقدبهم وأحسبه قولاً أول لابني عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لفضاء الصباية به ولأنه نساء الأمة المملوكة فسيبيله أن يكون مملوكاً لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوق رقبهم بنعله وفي فدائهم ثلاث مسائل

(الأولى) في وقته وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشافعي وقال أبو ثور والثوري وأصحاب الرأي يضمهم بقيمتهم بدم الخصومة لأنه إنما يضمهم بالذم ولم يمنهم إلا حال الخصومة

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمه لأنه فلت رقه من حينئذ ولأن القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة للمالك الأمة فلم يضمها كما بعد الخصومة فإن قيل فقد كن محكوماً بحريته وهو حين قلنا إلا أنه لم يكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء ، ر فيها ثلاث روايات أحدها أن بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ من أعقب شقة صكاً من عبد قوم عليه نصيب شريكه ولأن الحيوان من المنقومات لأمن ذوات الأمثال فيجب ضمانه بقيمته كولو أتلفه

فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواء النسائي قال الاثرم قلت لأبي عبد الله فحديث عمر بن أبي سلمة حين زوج النبي ﷺ أم سلمة اليس كان صغيراً ؟ قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان عدل من عضبها فيثبت له ولاية تزويجها كأختها وقولهم ليس بمناسب لها ممنوع وإن سلم فهو يبطل بالحكم والمولى قولهم أن طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا منارض في الفرع ليس له أصل ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى أو حاكماً إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الأخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لأنه أقوى منه تعصباً وقد استويا في عدم الإيلاد

(مسألة) (ثم أخوها لا يها)

لا خلاف في تقديم الأخ بدمعودي النسب لكونه أقرب العصبات بعد هم فإن ابن الأب أقوام مصيباً واحقهم بالميراث واختلفت الرواية عن أحد في الأخ للأب إذا اجتمعا فنه انهما سواء اختارها الحنفي وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لأنها استويا في الأدلاء بالحجة التي تستفاد بها العصبوبة وهي جهة الأب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما رجح في الميراث جهة الأم ولا مدخل لها في الولاية لم يرجح بها كالمعين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم (والرواية الثانية) الأخ من

(والثانية) يضمنهم بمثلهم عيدا القدر بذكر والانشى بأثنى لما روى سعيد بن المسيب قال أبت جارية لرجل من العرب وانهت إلى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر رضي الله عنه فقضى للمذري بفداء ولده بقرعة غرة مكن كل غلام ومكن كل جارية بحارية وكان عمر يقوم القرعة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستم ديناراً ولان ولد للغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات قريبا لان الحيوان ليس من ذوات الالامال ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر (الثالثة) هو مخبرين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني إما القيمة أو رأس برأس لانها جميعا يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الاحداثين أقوى وهذا اختيار أبي بكر وقال في المقنع الفدية غرة بقرعة بقدر القيمة أو القيمة وأياها أعطى أجزاء وجه ذلك أنه ترددين الجنين الذي يضمن بقرعة وبين الحاقه بغيره من المضمونات فاتنضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس

(المسئلة الثالثة) فيمن يضمن منهم وهو من ولد حيا لوقت بعث الله رسوله عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لا ضمان على الاب لمات منهم قبل الخصومة وهذا مبني على وقت الفهم وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش فيه فهو دون ستة أشهر فلا ضمان لانه لا قيمة له :

الابوين أولى اختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وهو الصحيح لإنشاء الله تعالى لانه حق يستفاد بالتعصيب فيقدم فيه الاخ من الابوين كالمراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فانه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ للابوين فيه وبهذا يبطل ما ذكر في الرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبينهم واما إذا كان ابنا عم لا يبرأ أحدهما أخ لام فاما سواء لانها استوباني التعصيب والارث به وقال القاضي فيها من الخلاف مثل ما في ابن عم من الابوين وابن عم من أب لانه يرجع من جهة امه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث بها منفرداً لم يرجع به وكذلك لم يرجع به في الميراث بالولاء ولا في غيره فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين

(مسئلة) (وعنه تقديم الابن على الجد والتسوية بين الجد والاخوة وبين الاخ للابوين

والاخ للاب وقد ذكرناه)

(مسئلة) (ثم بنوا الاخوة وإن سفلوا ثم العم ثم ابنه ثم الاقرب فالاقرب من العصبات

على ترتيب الميراث)

(الفصل الرابع) في المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولاً فان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وقد نكحها نكاحاً صحيحاً فلها المسمى وان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ تعذر من جهتها فهي كالميتة يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز له نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الخامس) أنه يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الاولاد وهذا اختاره الحرق في رواية من أحمد قال ابن المنذر كذلك فعفى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم والرواية الاخرى لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نعم وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به كالأول واشترى مضمواً فأكله بخلاف قيمة الولد فانها لم تحصل في مقابلة عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الوالد للولد لا ليه قال القاضي والمذهب أنه يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت أذهب إلى حديث علي ثم كأنني هبته وكأنني أميل إلى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الوالد فكما يرجع عليه إتيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلي هذا الاصل يرجع بأجرة الخدمة اذا غرمها كما يرجع بالمهر ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا وقال اذا ثبت هذا فان كان الغرور من السيد فقال هي حرة عقت وإن كان بالفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه ، وإن كان

وجملة ذلك أن الولاية بعد الاخوة تترتب على ترتيب الميراث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فبعد الاخوة بنوم وان سفلوا ثم بنوا الجدة وهم أعمام الاب ثم بنوم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوم وعلي هذا لأبي بنو أب أعلي من بني أب أقرب منه وان نزلت درجاتهم وأولى ولد كل أب أقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك مستبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم أشقاهم ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم

(فصل) ولا ولاية لغير المصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام وأبي الام ونحوهم نص عليه الامام أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة والثانية ان كل من يرث بفرض أو تعصيب إلى لانه يرثها فولياً كعصباتها

ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه انه اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى يعني إذا أدركن وراه أبو عبيد في القريب ولانه ليس من عصباتها شبه الاجني

(مسئلة) (ثم المولى المئتم ثم عصباته من بعده الاقرب فالأقرب)

ثم السلطان اذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها فولياً مولياً يزوجها ولا نعلم خلافاً في ان العصبة

الغرور من وكيله رجم عليه في الحال ، وإن كان من أجنبي رجم عليه أيضاً ، وإن كان منها فليس لها في الحال مال فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الحرق أنه يتعلق بذمته لانه قال في الامة اذا خالت زوجها بغير إذن سيدها يتبعها ؛ اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه

وظاهر كلام أحمد أن الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فوات أمرها رجلاً فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاهما قال فكذلك ولده على الاب لانه لم يفره أحد ، وأما اذا فره رجل فزوجها على أنها حرة قالنداء على من فره . يروى هذا عن علي و ابراهيم وحاد وكذلك قال الشعبي ، وإن قلنا يتعلق برقبتهما فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها فإن اختار فدائها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في أن نوجبه عليه ثم نرده اليه ، وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ماوجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب الرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارناً للعقد فيقول زوجتكما على أنها حرة فإن لم تكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا قال لان الصعابة التي نقضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة به في العقد فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الغرور قد يكون من المرأة ولا ينطأ لها في العقد ولانه متى أخبره بحريتها أو أوعده ذلك بمرائن تغلب على ظنه جريتها فتكلمها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صدق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استنصر بناء على قول المخبر له وانما فتجب إزالة الضرر

المناسبة أولى منه وذلك لانه عصبه مولاته يرثها ويسقل عنها عند عدم عصباتها فكذلك يزوجهما وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى بالتعصيب وإنما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أب المعتق فيرجع فيه الى الاصل ثم السلطان لانعلم خلافاً بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عظامهم وبه يقول مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والاصل فيه قول النبي ﷺ « قالسلطانولي من لاولي له » وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة ان النجاشي تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ولان للسلطان ولاية عامة بدليل انه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كالأب

(فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك واختافت الرواية عن أحمد في

(الجزء السابع)

(٥٢)

(المغني والشرح الكبير)

عنه بآيات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هذا إن كان الفرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الفرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه والله أعلم

(الفصل السادس) ان الزوج ان كان ممن يحرم عليه نكاح الاماء وهو ممن يجسد الطول أو لا يخشى العنت فانه يفرق بينهما لانا بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ما ذكرنا ، وإن كان ممن يحرر له نكاح الاماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فالتعقد صحيح والزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الحنفي رضي بالمقام مع ما وهذا الظاهر من مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لا خيار له لان الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة لانه يملك الطلاق والامانة وقد عرفه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت له الخيار كالاخر فان الكفاءة وإن لم تعتبر فان عليه ضررا في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة ، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فانه سقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لانه يحمل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لان المانع من رقيم في الفرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فدلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لانه وطئها يعتقد حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالامة القن لانها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من أعتق بعضها إلا أنه اذا فدى الولد لم يلزمه إلا قضاء ما فيه من الرق لان بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الوطئ فان كانت مكاتبه فكذلك إلا أن

والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه الوالي وليس فيه قاض قال يزوج اذا احتاط لها في المهر والكف وأرجو أن لا يكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة انما هو مسلط في الادب والجنابة وقال ما للوالي وذا انما هو الى القاضي وتأول القاضي الرواية الاولى على أن الوالي أذن له في التزويج ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن في موضعه ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها (فصل) إذا استولى أهل النبي على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيه في ذلك مجرى الامام وقاضيه لانه أجري مجراه في قبض الصدقات في الجزية والخراج فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا يزوج حتى يأتي السلطان لانه ليس من عصبتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبهه الاجنبي وقال في رواية حرب في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول اسحاق وروي عن ابن سيرين أنه

مهرها لها لانه من كسبها وكسبها لها ونجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة ، قال ا ^{رواية يكون ذلك} لها تستمين به في كتابتها ، فان كان الفرور منها فلا شيء لها إذ لا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها وإن كان الفرور عن غيرها غرمه لها ويرجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فان قام بذلك بينة ثبت ، وان أقرت أنها أمة فقال احمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها بإقرارها وذلك لان إقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرها ، وقال في رواية حنبل لاشيء له حتى يثبت أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها لانها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة والاول أولى ولانسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية لانها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) اذا حملت المفرور بها فغرب بطنها ضارب فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لان هذا الجنين محكوم بحريته وبرئها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل وإن كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بذل هذا الولد لاسيد لانه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمة لان الواطي فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب له ذلك

(فصل) اذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا اذا كانت شروط النكاح وكان ذلك باذن سيده ، وإن كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو ان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح وللرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت امضاءه فلا وليا لها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة ، وان كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضاً لانه لما ثبت

لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان وعن الحسن أنه كان لا يرى بأساً في أن يزوجه نفسه وذلك لما روى أبو داود بإسناده عن عيم الداري أنه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين؟ قال «هو أولى الناس بحياء وممانته» الآن هذا الحديث ضعفه احمد وقال رواية ابن عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من اهل الحفظ والاتقان .

(فصل) وإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان نعم أحد ما يدل على أنه يزوجه رجل عدل باذن قانه قال في دهقان قرية يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكف والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض قال ابن عتيل أحد قوم من اصحابنا من هذه الرواية إن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي نصوص أحمد تنهم من ذلك قال شيخنا ، والصحيح أن هذا من القول حال عدم الولي والسلطان لانه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض ، وجهه أن اشتراط الولي ههنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجوز كاشتراط المناسب في حق من لا مناسب لها وروي عنه أنه لا يجوز النكاح الا بولي لموم الاخبار فيه

الخيار للعبد إذا غر من أمة ثبت للامة اذا غرت بعبد وكل موضع حكنا به فساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل او المسمى على ما قدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها ، وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طراً على نكاح فأشبهه الطلاق

(فصل) فان غرها بنسب فبان دونه وكان ذلك مخلاً بالكفاة ولذا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلا ولياؤها الاعتراض عليها وان لم يخل بالكفاة فلا خيار لها لان ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبهه ما لو شرطه فقيها فبان بخلافه وكذلك إن شرطت غير الذمب فان كان مما يعتبر في الكفاة فهو كما لو تبين أنه غير مكافي لها في الذمب ، وان لم يعتبر في الكفاة كالفقه والجمال وأشبه ذلك فلا خيار لها لان ذلك مما لا يعتبر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه ، وذكر فيها اذا بان نسبه دون ما ذكر وجهه في ثبوت الخيار لها ان لم يخل بالكفاة والاولي ما ذكرناه والله أعلم

(مسألة) قال (واذا كان المذمور عبداً فولده احرار ويفديهم اذا عتق ويرجع به

على من غره)

وجهة ذلك أن المذمور اذا كان عبداً فولده أحرار ، وقال ابو حنيفة يكون رقيقاً لان أبو بهرتيق وليس ذلك بصحيح فانه وطنها معتقداً حريتها فكأن ولده حراً كولد الحر فان هذا هو العلة المقتضية

(مسألة) (وولي الامة سيدها إذا كان من اهل ولاية التزويج) لا نعلم فيه خلافاً لانه مالكة

وله التصرف في رقبته بالبيع ففي التزويج أولى ولا يزوجه الا باذنها

(مسألة) (فان كانت لامراً فوليا ولي سيدها وقد ذكرنا ذلك)

اختلفت الرواية عن احمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها ولي سيدها قال القاضي هذا هو الصحيح اختاره الحنفي وهو مذهب الشافعي لان مقتضى الدليل كون الولاية لها قامت في حقها لفصورها ثبتت لاولياؤها كولاية نفسها ولانهم يلونها لوعتقت ففي حال رقها أولى فان كانت سيدها رشيدة لم يحجز تزويج أمها الا باذنها لانها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير اذنه وبغير نطقها بذلك وان كانت بكراً لان صحتها انما اكتفي به في تزويج نفسها لحياتها ولا تستحي من تزويج غيرها وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفية ولولياها ولاية على مالها فله تزويج أمها ان كان الحظ في تزويجها والا لم يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنة الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لان فيه الحظ لان الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات الجائزة واممال الحظر مرجوح بما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤتمتها وصياتها عن الزنا الموجب للعقد في حقها ونقص قيمتها

لحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً فان علة رق الولد رق الام خاصة ولا عبرة بحال الاب
بدليل ولد الحر من الامة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقمم باعتقاده وفطه
ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان

[أحدهما] يتعلق برقبته بمنزلة جنائته (والثاني) بذمته يتيم به بعد العتق بمنزلة عوض الخلع من
الامة إذا بذلته بغير إذن سيدها ويفارق الاستدانة والجنابة لانه إذا استدان أئلف مال الغريم فكان
جنابة منه وهما لم يمن في الاولاد جاية وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض فيكون
ذلك في ذمته يتيم به بعد العتق ويرجع به حين يفرمه فانه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يذت عليه . وأما
الحرية فتتبع في الحال، وان قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت
لعبد الخيار إذا علم كما ثبت لحر لمن يحل له نكاح الامة لان عليه ضرراً في رق ولده ونقصاً في استمتاعه
فانها لا تبين معه ايلاً ونهاراً ولم يرض به . ويحتمل أن لا يثبت له خيار لانه فقد صفة لا ينقص بها
عن رتبته فأشبهه مالو شرط نسب امرأة فبانت كافرة لانه لا يمسها مساوية لنسبه بخلاف تفرير الحر

وقال بعض الشافعية لا خيار له قولاً واحداً . وقال بعضهم فيه قولان والاولى ما ذكرناه . وإذا
اختار الامة فالمر واجب لا يرجع به على أحد ، وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده
والنكاح باذن سيده فالمر واجب عليه وفي الرجوع بخلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير إذنه
فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب عليه وجهان [أحدهما] مهر المثل (والثاني) الحسنان ،
وهل يرجع به ؟ على وجهين

(فصل) فان شرط انها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار لانه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبهه
مالو شرطها حرة فبانت أمة

والمرجوح كالمعدوم فان كان وليها في مالها غير ولي تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي
التزويج لانه المتصرف في المال وهي مال وروي عن احمد رواية ثانية أن للمرأة أن تولي أمر أمتها
وجلا لتزويجها نقلها عن احمد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المباشرة
لنقص الانوثة فملك التوكيل كالرجل والمرضى والغائب ونقل عن احمد كلام يحتمل رواية ثالثة
وهو أن سيدها يزوجه فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك هي مالها وهذا يحتمل أنه ذهب اليه
وهو قول ابي حنيفة لانها بملكها وولايتها تامة عليها فملك تزويجها كالسيد ولانها تملك بيعها واجارتها
فملك تزويجها كسيدها ولان الولاية انما ثبتت على المرأة لتحصيل الكفاءة صيانة لحظ الاولياء في
تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاءة وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن
أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقتها أحب الي أن تأمر زوجها لان النساء لا يعقدن
وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنكح المرأة المرأة » وقالت عائشة

(فصل) فان شرطها بكرا فبانت ثيبا فعن أحد كلام يحتمل أمرين (أحدهما) لا خيار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بخالفة الشرط (والثاني) له الخيار لانه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو شرطها طويلة فبانت قصيرة أو حسناء فبانت شوهاء خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي

وقال أبو ثور : القياس ان له الرد ان كان فيه اختلاف وان كان اجماعا فالاجماع أولى من النظر قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أبا ثور على مقالته ، ومن أئزم الزوج من هذه صفاتها الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي . وروى الزهري أن رجلا تزوج امرأة فلم يجد لها عذراء كانت الحبيضة خرقت عذرتها فأرسلت اليه عائشة ان الحبيضة تذهب العذرة يقينا . وعن الحسن والشعبي وإبراهيم في الرجل اذا لم يجد أمراة عذراء ليس عليه شيء العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض والتعش والحل الثقيل والله أعلم

(فصل) واذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجت عبدا تظنه حرا فاهم الخيار كما لو شرط ذلك نص عليه أحد في امرأة تزوجت عبدا تظنه حرا فلها الخيار ، وقال الشافعي في الامة لا خيار له وفي الكافرة له الخيار ، وقال بعضهم فيهما جميعا قولان ولنا أن بعض الرق أعظم ضررا فانه يؤثر في رقي ولده وينعم كل استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة (فصل) وان شرطها أمة فبانت حرة أو ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينية فبانت خيرا من شرطه أو كافرة فبانت مسلمة فلا خيار له في ذلك لانا زيادة ، وقال أبو بكر له الخيار إذا بان مسلمة لانه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات والاول أولى

تزوجوا فان النساء لا يزوجن واعقدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة لا تملك تزويج نفسها فغيرها أولى .

(فصل) وبزواج عتيقتها من يزوج أمتها ذكره الحرق وفيها روايتان (احدهما) لمولاتها أن توكل رجلا في تزويجها لانها عصبتها وترها فاشبهت المعتق (والثانية) يزوجها ولي سيدتها وهي أصح لان هذه ولاية لنكاح والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون الى عصبتها لانهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالنصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تعذر على المعتق تزويج عتيقته ، وقد ذكرنا أنه اذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصائه الاقرب فالاقرب كذا ههنا الا ان الظاهر من كلام الحرق ههنا تقديم أبي المعتقة على ابنها لانه أولى بتزويجها وقد يزوج معتقتها من يزوج أمتها وبزواج أمتها من يزوجها ، وقد ذكرنا ان ابن المعتقة أولى بتزويج عتيقتها من أبيها ويعتبر في ولايتها شرطان (احدهما) عدم العصبة من النسب لان المناسب اقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) اذن المروجة

(فصل) وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه وإن فسخ بعده وكان النفر من له المهر فلا شيء عليه أيضا ، وإن كان من غيره فعليه المهر يدفعه ثم يرجع به على الغار فإن كان النفر من أوليائها رجع عليهم وإن علم بعضهم احتد أن يرجع عليه وحده لأنه الغار واحتمل أن يرجع على جميعهم لأن حقوق الآدمين في العمد والسوء سواء

(مسئلة) قال (وإذا قال قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح وإذا قال أشهد أنني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضا ثابتين سواء تقدم القول العتق أو تأخر إذا لم يكن بينهما فصل فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ، في هذه المسئلة خمس فصول

(الاول) أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وقوله أنس بن مالك ربه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهرى وإسحاق وقال الأوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المروزي عن أحمد إذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها يוכל رجلًا يزوجه وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح وقال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لأنه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم إركانه كما لو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولأن العتق يزول ملكه عن الاستمتاع بحق الملك فلا يجوز أن يستبيح الرطه بالمسمى فإنه لو قال بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح

ولنا ما روي أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفيّة وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة ما أصدقها قال قال نفسها عتقها وروي الأثرم بإسناده عن صفيّة قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وبإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ومتى ثبت العتق صداقًا ثبت النكاح لأن الصداق لا يتقدم

لأنها حرة وليست له ولاية إجبار فإنه أبعد العصابات ولا يعتبر إذن مولاهم لأنه لا ولاية لها ولا ملك فاشبهت القريب الطفل إذا زوج البعيد

(فصل) فإن كان للامة مولى فمولى وليها وإن كان لها مولىان اشتراكا في الولاية وليس لواحد منها الاستقلال بها بغير إذن صاحبه لأنه لا يملك إلا بعضها وإن اشتجرا لم يكن للسلطان ولاية لأن تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرية فإن نكاحها حق لها ونقعه عائد إليها ونكاح الامة حق لسيدها نقعه عائد إليه فلم ينب السلطان عنه فيه فإن أعتقها ولها عصبية مناسب فهو أولى منها وإن لم يكن لها عصبية ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لأن ولايته على بعضها فإن اشتجرا أقام الحاكم مقام المتنع منها لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها وإن كان العتق أو المتعة واحدا وله عصبان كالابن والاختوين

النكاح ولو تأخر العتق من النكاح لم يحز قدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقدا ولو استأنفه لظهر وتقل كما قل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يزوجه كإمام وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير فإنه لو وجد لم يحكوا بصحته، وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقا فاشبه ما أوتزوج امرأة هو ولها وكما لو قال الخاطب لولي أزوجت؟ فقال نعم وقال الزوج أقبالت؟ قال نعم عند أصحابنا وكما لو أتى بالسكنيات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(الفصل الثاني) أن النكاح انعقد بقوله أعنتك وجعلت صدائك وتزوجتك، وبذلك خاليا عن قوله: وتزوجتك وهذا لفظ الخرق وهو الذي جاء في حديث أنس، وبقوله جعلت عنتك صدائك وجعلت صدائك عنتك وهذا معنى قول الخرق سواء تقدم العتق أو تأخر ونص أحمد على هذا في رواية صالح إذا قال جعلت عنتك صدائك أو صدائك عنتك كل ذلك جائز (الفصل الثالث) أن لا يكون بينهما فصل ولو قال أعنتك وسكت سكونا يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي ثم قل جعلت عنتك صدائك لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصداق جديد

(الفصل الرابع) أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا بأشراط الشهادة في النكاح نص عليه أحمد في رواية الجماعة وذلك لقوله «لا نكاح إلا بولي وشاهدين»

(الفصل الخامس) أنه إذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم وقل الأوزاعي يرجع بربع قيمتها ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع النصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لأنها حالة الانلاف فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعى فيها أو تسكون ديننا ننظر به إلى حال القدرة؟ على روايتين وإن قلنا إن النكاح لا انعقد بهذا القول فعليا قيمة نفسها لأنه أزال ملكه بعوض لم يـلم له فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك إن قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت قبل

فلا حدما الاستقلال بزويجها كما يملك تزويج سيدها .

﴿مسئلة﴾ (ويشترط في الولي الحرية والذكورية واتفاق الدين والعقل)

وجله أنه يعتبر لثبوت الولاية ستة شروط العقل والحرية والاسلام إذا كانت المرأة مسلمة والذكورية والبلوغ، والمدالة على اختلاف تذكره قاما العقل فهو شرط بشير خلاف لأن الولاية إنما ثبتت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره أو من ذهب عقله مجنون أو كبير كالشيخ إذا أقعد قال

الدخول أو فعلت ما يفسخ به نكاحها مثل أن أرذمت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

(فصل) وإن قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صدائك أو لم يقل ويكون عتقك صدائك قبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها لانه لم يلف في نكاح فلم يلزمها كالأول كان أسلف مرة ألفاً على أن يتزوجها ولانها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفيعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أو ما إليه أحد في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لانه أزال ملكها منها بشرط عوض لم يسلم له فاستحق الرجوع بقيمته كاليوم الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد إذا انحل به الدخول، ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لعبد أعتقتك على أن تعطيني ألفاً وهذا قول مالك وزفر لان هذا ليس بلفظ شرط فأشبهه مالو قال أعتقتك وزوجيني نفسك وتعتبر القيمة حالة العتق وبطلانها بهائي الحال إن كانت قادرة عليها ، وإن كانت معسرة فهل تنظر الى الميسرة أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين أصحهما في المفسر هل يجبر على الكسب ؟ على روايتين

(فصل) وإن اتفق السيد وأمه على أن يعتقها وتزوجه نفسها وتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقاً لكن إن تزوجها على القيمة التي لها في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصدق

القاضي والشيخ الذي قد كبر فلا يعرف موضع الحظ لها لولاية له ، فالأغنى فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قريب فهو كالنوم ، وكذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء ومن كان يحن في الاحيان لم تزل ولايته لانه لا يدوم زوال عقله فهو كالأغنى .

(الشرط الثاني) الحرية فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى ، وقال أصحاب الرأي يجوز ان يزوجه العبد باذن بناء منهم على أن المرأة تزوج نفسها وقد مضى الكلام في هذه المسئلة .

(الشرط الثالث) الاسلام فلا يثبت للكافر ولاية على مسلمة ، وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع عامة من تحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وفيه وجه ان الكافر يزوج أم ولده المسلمة وسوف نذكره ان شاء الله تعالى ، قال أحمد بلغنا ان علياً أجاز نكاح أخ ورد نكاح الاب وكان نصرانياً (الشرط الرابع) الذكورية وهو شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا يثبت لها ولاية على غيرها أولى ، وعن أحمد أنها تلي نكاح أمتها ومعتقتها وقد ذكرناه .

ولنا أن العتق صالح صدقا في حق النبي ﷺ فيجوز في حق أمته كالدرهم ولأنه يصلح عوضا في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلا أن يكون عوضا في النكاح أولى فإن النكاح لا يقصد فيه العوض وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله . إذا ثبت هذا فإن العتق يصير صدقا كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فاستمتع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها إذا لم تجبر على تزويج نفسها لم يجبر هو على قبولها، وحكم المدبرة والمعتقة بصفة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ما ذكرناه

(فصل) فإن أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ولا شيء عليه لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له لم يلزمه ذلك كما لو اشترطت عليه أن تملك داراً ، ولو أراد العبد تزوجها لم يجبر لأن الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها ، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى قال الأثرم قالت لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها فقال نعم قال إذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء منها ولنا ما روى أبو موسى قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن إليها

(الشرط الخامس) البلوغ وهو شرط في ظاهر المذهب قال أحمد لا يزوج الفلام حتى يحتلم ليس له أمر هذا قول الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبي ثور

وروي عن أحمد أنه إذا بلغ عشرة زوج وتزوج وطلق وأجرت وكانت في الطلاق ويحتمله كلام الحنفي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلاً ، ووجه ذلك أنه يصبح بيعة وطلاقاً ووصيته تثبت له الولاية كالبالغ ، والاول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال لأنها تفيد التصرف في حق غيره واعتبرت نظراً له والصبي مولى عليه لقوله تعالى فلا تثبت له الولاية كالمرأة والاصول المقيس عليها ممنوعة .

(السادس) العدالة وفي كونها شرطاً رواه إثنان (أحدهما) هي شرط قال أحمد إذا كان القاضي مثل ابن الخليل وابن الجعد استقبل النكاح ، فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المتولي له وهذا قول الشافعي لما روي عن ابن عباس أنه قال لا نكح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد . قال أحمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس يعني وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا نكح إلا بولي وشاهدي عدل وإما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروى البرقاني بإسناده عن جابر قال قال رسول الله ﷺ « لا نكح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولأنها ولاية نظر فلا يتبدلها القاضي كولاية المال

ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران ، متفق عليه ، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن اليها باعفائها وصيانتها فلم يكره كما لو تزوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل الله فانه إنما يتزوجها بعد عتقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً .

(فصل) وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتاج إلى أن استبراء . سوا . كان بطؤها أو لم يكن لان الاستبراء اصيلان الماء ، ولا يمان ذلك عنه فان اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يتزوجها حتى يستبرئها لانه كان واجباً فلا يستقط باعقائه لها ، قال أحمد في الرجل تكون له الأمة لا بطؤها فيعتقها لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها فان كان بطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لانها في مائه ، قال القاضي معنى قوله ان كان بطؤها أن يحل له وطؤها وهي التي قد استبرأها

وقوله إن كان لا بطؤها أي لا يحل له وطؤها وهي التي لم يمس عاها زمان الاستبراء فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها ، وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده ولا يلزمها اعتشاف الاستبراء لان الاستبراء واجب بالشرع لا بالعق فيحسب ابتداءه من حين وجد سببه

(فصل) وان قال اعتق عبدك على أن أزوجه ابنتي فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لانه سلف في النكاح وعليه قيمة العبد ، وقال الشافعي في أحد قوايه لا يلزمه شيء لانه لا فائدة له في العتق وانما أنه أزال منكبه عن عبده بعوض شرطه فلزمه وعوضه كما لو قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك وعلي ألف فطلقها أو قال اني متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لا فائدة له في العتق

(والرواية الاخرى) ليست شرطا ، نقل مشي ابن جامع أنه سأل أحداً إذا تزوج بولي وشهود غير عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء ، وهذا ظاهر كلام الحنفية لانه ذكر الطفل والعبء والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وأحد قول الشافعي لانه يلى نكاح نفسه فنثبت له الولاية على غيره كالعبد ولأنه يثبت الولاية لقراة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعبد

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيباً زوج ابنته وهو أعمى ولأن المقصود في النكاح يعرف بالجماع والاستفاضة فلا يفتقر الى النظر ولا يشترط النطق بل يجزى أن يلى الآخرس اذا فهمت اشارته لأنها تنوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك النكاح

(مسألة) (فان كان الاقرب طفلاً أو كافراً أو عبداً زوج الأبد) لان الولاية لا تثبت لطفل ولا عبداً ولا كافراً على مسلمة فانه إذا كان كذلك يكون وجودهم كعدمهم فتثبت الولاية ان أبعد منهم إذا كملت فيه الشروط كما لو ماتوا .

(مسألة) (وإن عضل الاقرب زوج الأبد وعنه بزواج الحاكم)

العضل منع المرأة من التزويج بكفها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه ،

(مسئلة) قال (واذا قال الخاطب للولي أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبلت قال نعم فقد انعقد النكاح اذا حضره شاهدان)

وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتي ويقول الزوج قبالت هذا التزويج لان هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما

ولنا أن نعم جواب لقوله أزوجت وقبالت والسؤال يكون مضمراً في الجواب معاداً فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبالت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) كان اقراراً منهم بوجود ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم ، مقابلوا قبل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان اقرار صحيحاً لا يفتقر الى نية ولا يرحم في ذلك الى تفسيره ويمثله تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك (فصل) ولو قال زوجتك ابنتي فقال قبالت انعقد النكاح ، وقال الشافعي في أحد قوايه لا ينعقد حتى يقول قبالت هذا النكاح أو هذا التزويج لانه كناية في النكاح يفتقر الى النية ، والاضرار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانهقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتقر الى النية ممنوع فانه جواب فلا ينصرف الا الى المذكور

(فصل) و ينعقد النكاح بلفظ الانكاح والتزويج ، والجواب عنهما إجماعاً وهما الاذان ورد بهما نص السكناج في قوله سبحانه (زوجنا كما) وقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل أن يقول زوجتك ابنتي هذه فيقول قبالت هذا النكاح أو هذا فني وجد ذلك انتقلت الولاية الى الابن نص عليه احمد وعنه رواية أخرى تنتقل الى السلطان وهو اختيار أبي بكر ، وذكر ذلك عن عثمان بن عفان وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ «فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من قضائه

ولنا أنه عند التزويج من جهة الاقرب فلا بد كما لو جن ولانه يفسق بالعضل فننتقل الى الولاية فانه كما لو شرب الخمر ، فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم ، والحديث حجة لنا لقوله (السلطان ولي من لا ولي له) وهذه لما ولي ويمكن حمله على ما اذا عضل الكل فان توله «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل. والولاية تخالف الدين من زوجة ثلاثة (أحدها) انها حق للولي والدين عليه . (الثاني) ان الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل عنه لعارض من جنون الولي ونفسه (الثالث) أن الدين لا يعتبر في بقاءه العدالة والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرناه ، فان قيل لو زالت ولايته لما صح منه التزويج اذا أجاب اليه قلنا فسقه بامتناعه فاذا أجاب فقد نزع عن المصية وراجع الحق

التزوج، ولا ينعقد بغير لفظ الانكاح والتزويج وهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى وربيعة والشافعي، وقال الثوري والحسن بن صالح وابو حنيفة وأصحابه وابو ثور وابو عبيد وداود ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتملك، وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان، وقال مالك ينعقد بذلك اذا ذكر المهر، واحتجوا بان النبي ﷺ زوج رجلا امرأة فقال « قد ملكتك بما معك من القرآن » رواه البخاري ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي ﷺ فانهقد به نكاح أمته كاللفظ الانكاح والتزويج ولأنه أمكن تصحيحه بجارزه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصا لرسول الله ﷺ ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كاللفظ الاجارة والاباحة والاحلال، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد به بهذا فارق بقية العقود والطلاق، وأما الخير فقد روي زوجتكما وأنكحتكما وزوجناكما من طرق صحيحة، والقصة واحدة والظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظنا منه أن معناها واحد فلا تكون حجة وان كان النبي ﷺ جمع بين الالفاظ فلا حجة لم فيه لان النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة (فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعريبة لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لانه أتى بلفظه الخاص فانهقد به كما ينعقد بلفظ العريبة

فزال فسقه فكذلك صح تزويجه، وقد روي عن معقل بن يسار قال : زوجت أخنا لي من رجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء بخطبها فقتلت زوجها وأفرشتك وأكرمتك فطلقها ثم جئت بخطبها لا والله لا نهرد اليك أبداً وكان رجلا لا بأس به فكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأنزل الله هذه الآية (فلا تفضلوهن) فقلت الآن أفعل بأمر رسول الله قال « فزوجها إياه » رواه البخاري

(فصل) وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها او دونه، وبه قال الشافعي وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة له نعمان من التزويج بدون مهر مثلها لان عليهم في ذلك عار وفيه ضرر على نساءها لنقص مهر مثلهن ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كمنع عبدها وأجرواها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولان النبي ﷺ قال لرجل أراد ان يزوجه « التمس ولو خائفاً من حديد » وقال لا رأة زوجت بتعليلين « أرضيت من نفسك بتعليلين ؟ » قالت نعم : فأجازه النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم نيس كذلك فان عمر قال لو كان مكرم في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم به رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فان رغبت في رجل بهينه وهو كف، فأراد تزويجها لغيره من أكنافها وامتنع من تزويجها من الذي أراده كان عاضلا لها فان طلبت التزويج بغير كف، فله منعها منه ولا يكون عاضلا بذلك لأنها لو زوجت بغير كفنها كانت له فسخ النكاح فلأن يمنع منه ابتداء أولى .

ولنا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة فلم يصح كلفظ الاحلال ، فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه كالأخرس ويحتاج أن يأتي بمعناها الخاص بحيث يشمل على معنى اللفظ العربي ، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها ، وقال أبو الخطاب عليه أن يتعلم لأن ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتمكبير ووجه الأول ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أو كانه بالعربية كالبيع بخلاف التمكبير ، فان كان أحد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذي يحسن العربية بها والآخر يأتي بلسانه ، فان كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الانكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً (فصل) فأما الآخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح بإشارته كيجه وطلاقه وإمائه ، وان لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، ولان النكاح عقد بين شخصين ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لان الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم ، قال أحمد لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغاً لان الحرص لا يوجب الحجر فهو كالصغير

(فصل) إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بانظ الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنك فيقول زوجتك . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيها جميعاً لأنها قد وجد الإيجاب والقبول فيصح كولو تقدم الإيجاب ولنا أن القبول إنما يكون للإيجاب فتي وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه ألم يصح كما لو تقدم

(مسألة) (وان غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد وهي مالا تقطع الا بكافة ومشقة في ظاهر كلام أحمد وقال الحرق مالا يضل اليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه ، وقال القاضي مالا تقطعه المرافة في السنة الا مرة ، وقد قال أحمد اذا كان الاب بعيد السفر زوج الأبعد . قال أبو الخطاب فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة)

الكلام في هذه المسئلة من أمرين (أحدهما) أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد دون الحاكم وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يزوجه الحاكم لانه تعذر الوصول الى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولان الأبعد معجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

وانا قوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من لا ولي لها » وهذا أولى فلا يكون السلطان وإياها ولان الأقرب تعذر حصول التزويج منه فثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما وجب اومات ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالأصل وإذا عضلها فهي كمثلتنا

(الفصل الثاني) في الغيبة المنقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها في قول الحرق هي مالا

بالفظ الاستفهام ، ولانه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطالب لم يصح فاذا تقدم كان أولى كصفة الاستفهام ولاه لو أتى بالصفة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى ، وأما البيع فلا يشترط فيه صيغة الإيجاب والقبول بل يصح بالمعاطاة . ولانه لا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان مما يؤدي المعنى ولا يلزم الخلم لانه يصح تعليقه على الشروط

(فصل) وإذا عقد النكاح هازلا أو تلجئة صح لان النبي ﷺ قال : ثلاث مزلن جد وجد من جد : الطلاق والنكاح والرجعة . رواه الترمذي . وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز » قال عمر أربع جائزات إذا نكحتم بهن : « طلاق والنكاح والعناق والنذر . وقال علي أربع لاعبين : الطلاق والعناق والنكاح والنذر

(فصل) إذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاعلا عنه بغيره لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعاوضات فان تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب فانه لا يوجد . فان لا عراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك ان تشاعلا عنه بما يقطعه لانه معرض عن العقد أيضا بالاشتغال عن قبوله . وقد قل أبو طالب عن أحمد في رجل مثى اليه قوم فقالوا له زوج فلانا قال قد زوجته على الف فرجوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبالت هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم ، قال القاضي هذا محمول على انه وكل من قبل العقد في المجلس . وقال أبو بكر مشكلة أبي طالب ترجمه على قولين واختار انه لا بد من القبول في المجلس وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لان مثل هذا يتعذر مراجعته بالسكينة فكون منقطعة أي تنقطع عن امكان تزويجها ، وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد التواقل فيه في السنة الا مرة لان السكينة ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها ، وقد قال أحمد في موضع اذا كان الأب بعيد السفر زوج الاخ . يحتمل أنه أراد ما قصر فيه الصلاة لان ذلك هو السفر البعيد الذي علق عليه الاحكام . وذكر أبو بكر وجوها (أحدها) لا يقطع الا بكلفة ومشقة لان أحمد قال اذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لاندرك الا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له ، قال شيخنا وهذا القول ان شاء الله أقربها إلى الصواب فان التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسئلة فتد إلى ما يتعارف الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالمعذور ، والتحديد . بالعام كثير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل منه كتاب أبعد ومن هو على مسافة لا تلحق المشقة بمكانته فكان التوسط أولى ، واختلف

(فصل) فإن أوجب النكاح ثم زال عقله مجنوناً أو اغماً بطل حكم الإيجاب ولم ينعقد بالقبول بعده ما لم يضامه القبول لم يكن عقداً فيبطل بزوال العقل كالعقد الجائز تبطل بالموت والجنون وهذا مذهب الشافعي وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا (فصل) ولا يثبت في النكاح خيار وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف في هذا وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يتم في الغالب إلا بعد ترو وفكر ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الأسواق من غير فكر ولا روية ولأن النكاح ليس بمفاوضة محضة ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعنود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العرض ومع فساده ولأن ثبوت الخيار فيه ينفعي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة فإن في فسخه بعد العقد ضرراً بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف المصداق

(فصل) ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي ﷺ «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع» وقال «كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليهد الجذع» رواها ابن المنذر ويحرم من ذلك أن يحمده ويشهد ويصلي على رسول الله ﷺ والمستحب أن يخطب بخطبة عبد الله بن مسعود التي قال «لم نر رسول الله ﷺ يشهد في الصلاة أو تشهد في الحاجة قال التشهد في الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من جهده الله فلا مضل له ومن بضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون) اتقوا الله الذي تسألون به والارحام إن الله

أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري إلى بغداد وقال بعضهم من الرقة إلى البصرة، وهذا القولان يشبهان قول أبي بكر، واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي بزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسانة التعمر، وقال بعضهم يزوجها الحاكم، وإن كان الولي قريباً وهو منصوص الشافعي، وظاهر كلام أحمد أنه إذا كانت الغيبة غير منقطعة أنه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) فإن كان القريب أسيراً أو محبوساً في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فإن البعد لم يعتبر لئنه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود هنا وكذلك إن كان غائباً لا يعلم أقرب هو أم بعيد أو علم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد (مسئلة) (ولا يلي كافر نكاح مسلمة بحال إلا إذا أسلمت أم ولده في وجه)

أما الكافر فليس له ولاية على مسلمة بحال وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم، وذكر شيخنا هنا أن فيه وجهاً أن الكافر يلي نكاح أم ولده إذا أسلمت وذكره أبو الخطاب لأنها مملوكة فيلي نكاحها كالسلم، ولأنه عقد

(فصل) والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه الا داود فانه أوجها لما ذكرناه

عليها فيليه كاجارها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولانها مسلمة فلا يلي نكاحها كاتبته فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا الوجه أولى لما ذكرنا من الاجماع

❦ مسألة ❧ (ولا يلي مسلم نكاح كافرة الا سيد الامة وولي سيدها أو السلطان لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولان مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً فأما سيد الامة الكافرة فله تزويجها الكافر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك سيد الامة الكافرة يلي تزويجها الكافر لانها ولاية بالملك فلم يمنعها كون سيد الامة الكافرة مسلماً كسائر الولايات ولان هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها . فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لأن ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فثبتت له الولاية عليها كالمسلمة

﴿مسئلة﴾ (ويلى الذي نكاح موليته الذمية من الذي لقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم

ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب :

(فصل) ويستحب إعلان النكاح والضرب فيه بالدف قال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف وقيل له ما الدف؟ قال هذا الدف قال لا بأس بالنزول في العرس بمثل قول النبي ﷺ للانصار «أتيناكم آتيناكم خيونا نحيكم لولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم ولولا الخطبة السوداء ما سرت عذاريتكم» لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه «ولولا الخطبة الحمراء ما سمعت عذاريتكم»

وقال أحمد أيضا يستحب ضرب الدف والضرب في الاملاك فليل له ما الصوت؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والاصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح» رواه النسائي . وقال عليه السلام «أعلنوا النكاح» وفي لفظ — أظهروا النكاح «وكان يحب أن يضرب عليها بالدف ، وفي لفظ «واضربوا عليه بالقربال»

وعن عائشة أنها زوجت بتيمة رجلا من الانصار وكانت عاتكة فيمن أهداها إلى زوجها قالت فلما رجنا قال انار رسول الله ﷺ «ما قلتم باعائشة» قالت سلنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا فقال ان الانصار قوم فيهم غزل الاقلتم باعائشة آتيناكم آتيناكم خيانا وحياءكم؟ «روى هذا كله ابو عبد الله بن ماجه في سننه ، وقال أحمد رحمه الله لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى النبي ﷺ (فصل) فان عقده بولي وشاهدين فأمره أو توأما بكفانه كره ذلك وصح النكاح وبه يقول

أولياء بعض (وهل يليه من مسلم؟ على وجهين)

(أحدهما) يليه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه وليها فصح تزويجه لها كولو زوجها كافراً ولأنها امرأة لها ولي مناسب فلم يجوز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي (والثاني) لا يزوجها الا الحاكم قاله القاضي لان أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ووجهه أنه عقد يفتقر الى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصح والشاهدان يرادان لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

مسئلة (وإذا زوج الأب من غير عذر للأقرب أو زوج الاجنبي لم يصح وعنه يصح ويقف على إجازة الولي)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أنه إذا زوج الأب مع حضور الأقرب وأجابته الى تزويجها من غير اذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لان هذا ولي. فصح أن يزوجها باذنها كالأقرب ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأب مع وجود الأقرب كالمرث والميراث وبهذا فارق القريب البعيد

أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ومن كره نكاح السر عمر رضي الله عنه وعروة وعبد الله بن عبيد الله ابن عتبة والشعبي وناقم مولى ابن عمر . وقال أبو بكر عبد العزيز النكاح باطل لأن أحد قال إذا تزوج بولي وشاهدين ؛ لا حتى يجلته وهذا مذهب مالك والحجة لما ماتقدم في الفصل الذي قبل هذا ولنا قوله « لا نكاح إلا بولي » مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الاظهار ، ولأنه عقد معاوضة فلم يشترط اظهاره كالبيع وأخبار الاعلان يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بواجب فكذلك ما عطف عليه ، وقول احمد ؛ لا ؛ نهى كراهة فإنه قد مرح فيها حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ولأن اعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقده ولو كان شرطاً لا اعتبر حالة العقد كسائر الشروط

(فصل) ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم سمرة بن حبيب وراشد بن سميد وحبيب بن عتبة ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام والمساية أولى بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ؛ قال رسول الله ﷺ « مسوا بالاملاك فإنه أعظم لبركة » ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره

(فصل) ويستحب أن يقال للمتزوج بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير وعافية وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن أثر صفة فقال « ما هذا ؟ » فقال إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن النواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند

(الفصل الثاني) أن هذا العقد يقع فاسداً لا يقف على الاجازة ولا يصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم إذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المستبرأ منها بشرط أو تزوج العبد بشرط إذ أن سيده قال نكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى أنه يقف على الاجازة فإن أجازته جاز وإن لم يجزه فسد قال أحمد في صغير زوجه عمه قال رضي به في وقت من الاوقات جاز وإن لم يررض فسخ وإذا زوجت البتيمة فلها الخيار إذا بلغت وقال إذا تزوج العبد بشرط إذ أن سيده ثم علم السيد فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فإن أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الاذن وروي ذلك في النكاح بشرط ولي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد والحسن بن صالح وإسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكراً أنت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه وروي أن قتاة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خبيسته قال فجعل الامر اليها فقالت قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم أن للنساء من الامر شيئاً ولأنه عقد يقف على الفسخ

أهل العلم بالعربية أن يقال على نواة فحسب فإن النواة عندم اسم خمسة دراهم كما أن الاوقية أربعون درهما والنش عشرون والله أعلم

(فصل) ويستحب أن يقول إذا زفت إليه ماروي صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه حدثنا داود عن أبي نضرة عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال تزوج فخره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فعصلي بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أمك فصل ركعتين ثم خذ برأس أمك نقل اللهم برك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارضقهم مني وارضقني منهم ثم شأنك وشأن أمك. وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا تزوج أحدكم امرأة واشترى خادما فليقل اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه وإذا اشترى بهيرا فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك »

(مسئلة) قال (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات)

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحدا خالفه الا شيئا يحكي عن القاسم بن ابراهيم أنه أباح تسعا لقول الله تعالى [فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع] والواو اجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا ليس بشيء لانه خرق للإجماع وترك السنة فان رسول الله ﷺ قال : لغيلان بن سلمة حين أسلم ونحوه عشر نسوة « أمسك أربعة وفارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية

فوقف على الاجازة كالوصية ووجه الاولى قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل - وقال - إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال هو موقوف على ابن عمر ولانه عقد لا ثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث فلم ينفذ ككنكاح المعتدة فأما حديث المرأة التي خيرها رسول الله ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود ثم يحتدل أن هذه المرأة هي التي قالت زوجني أبي من ابن أخيه ليرقم به خسيسته فتخيرها لتزويجها من غير كفئتها وهذا يثبت الحيار ولا يبطل النكاح والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تقرع على هذه الرواية لوضوحها فأما على الرواية الاخرى فان الشهادة تعتبر في العقد لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الاجازة لأنها ليست بمقدول لأنها اذا وجدت أسند الملك الى حالة العقد حتى لو كان في الصداق بما ملك من حين العقد لا من حين الاجازة وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لانه عقد تلزمه إجازته فهو كالصحيح وان كان مما لا يحجزه لم يرثه (نصل) ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها والامة بغير إذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من

اسلمت ونحني خمس نسوة فقال النبي ﷺ « فارق واحدة منهن » رواها الشافعي في مسنده
واذا منع من استدامة زيادة عن أربع فلا ابتداء أولى فالآية أريد بها النخيل بين اثنتين وثلاث وأربع
كما قال (أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال
تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية ، وأما النبي ﷺ فمختص
بذلك ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر

(مسئلة) قال (وليس للعبد أن يجمع الاثنتين)

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين واختلفوا في إباحة الأربع فذهب أحمد أنه لا يباح
له إلا اثنتان وهذا قول عمر رضي الله عنه وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وبه قال عطاء
والحسن والشعبي وقتادة واثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله
وطاوس ومجاهد والزهري وربيعه ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولأن هذه
طريقه الفذة والشهيرة فساوى العبد الحر فيه كالأحرار.

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا ، وقد روى
ليث بن أبي سليم عن الحكم بن قتيبة قال : أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح
أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر رضي الله عنه سأل
الناس : كم يتزوج العبد ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف باثنتين وطلحة باثنتين فدل هذا على أن ذلك

الروايتين قال شيخنا والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصريح النبي صلى الله عليه وسلم فيه
بالطلاق ولأن الإجازة إنما تكون لعمد صدر من أهله في محله فأما ما لا يصدر من الأهل كالذي
عقده المجنون أو الطفل فلم يقف على الإجازة وهذا عمد لم يصدر من أهله فإن المرأة ليست أهلا له
بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح مع الاذن القارن فأن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ولا تفريع
على هذا القول وأما على القول الآخر فتى تزوجت بغير إذن الولي فيرفع إلى الحاكم لم يملك لإجازته
والامر فيه إلى الولي فتى رده بطل لأن من وقف بالحكم على إجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت .
بغير إذن وفيه وجه آخر أنه إذا كان الزوج كفوا أمر الحاكم الولي بإجازته فإن لم يفعل أجازته
الحاكم لانه لو امتنع صار طائلا فانتقلت الولاية منه إلى الحاكم في ابتداء العقد ومتى حصلت الإصابة
قبيل الإجازة ثم أجزى فالمرء واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى فان الإجازة
مستندة إلى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيم ولذلك لم يجب الحد ومتى
تزوجت الامة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انقضاء النكاح ولانه
قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها لانها أقوى فأزالت الاضغ كما لو طرأ ملك البين

كلن؛ محض من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا يخص عموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار وهو قوله (أو ما ملكت أيمانكم) ويفارق النكاح لما كرر فإنه مبني على التفضل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه أمته ولأن فيه ملكاً والعبد ينقص في الملك عن الحر

﴿مسئلة﴾ قال (وله أن يتسرى بأذن سيده)

هذا هو المنصوص عن أحد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والأوزاعي والثوري وأبي ثور وكره ذلك ابن سيرين وحاد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي، وإشافي قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بملك سيده أولى؟ وقال القاضي أبو بلي يجب أن يكون في مذهب أحد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بملك سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو ملك يمين لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه كلن لا يرى بأساً أن يتسرى العبد ونحوه عن ابن عباس ولأن العبد يملك في النكاح فملك التسري كالمر وقولهم إن العبد لا يملك المال ممنوع فإن النبي ﷺ قال «من اشترى عبداً وله مال» فجعل المال له ولأنه آدمي فملك المال كالمر وذلك لأنه بآدميته يشهد لأهلية المالك إذ كان الله تعالى

على ملك النكاح وإن خرجت إلى من نحل له كالمرأة أو اثنتين فكذلك أيضاً لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص لم يجوز بإجازة غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجازها المشتري الثاني مع الاجنبى وفيه وجه آخر أنه يجوز بإجازة المالك الثاني لأنه يملك ابتداء العقد فملك إجازته كالاول ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فأما أن أعنتها السيد احتمل أن يجوز النكاح لأنه إنما وقف على حق المولى فإذا أعنت سقط حقه فصح واحتمل أن لا يجوز لأن إبطال حق المولى ليس بإجازة ولأن حق المولى أن يطل من الملك لم يطل من ولاية الزوج فإنه يابها بالولاء

(فصل) وإذا تزوجت التي يعتبر أذنها بغير أذننا وقتلنا يقف على إجازتها فأجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضا من التمكن من الوطء والمطالبة بالمهر أو النفقة ولا فرق في ذلك بين البكر والتيب لأن أدلة الرضا تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة «إن وطئت زوجك فلا خيار لك» جعل تمكينها دليلاً على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر أو النفقة والتمكن من الوطء دليل على الرضا لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

﴿مسئلة﴾ (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً بوصيه في النكاح بمنزلة)

خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بدعائف التكليف وإداء العبادات قال الله تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً) والعبد داخل في العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلاً للملك ولذلك ملك في النكاح وإذا ثبت للملك لاجنين مع كونه نطاة لا حياة فيها باعتبار ما له إلى الآدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى

إذا ثبت هذا فلا يجوز له التمسري إلا بأذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يبيع له وطؤها حتى يأذن له فيه لأن ملكه ناقص وأسيده نزع منه متى شاء من غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه إلا بأذن سيده فإن أذن له فقال تسريها أو أذنت له في وطئها أو مادل عليه أبيع له وما ولد له من التسري فحكمه حكم ملكه لأن الجارية مملوكة له فكذلك ولدها، وإن تسرى بغير إذن سيده فالولد ملك سيده

(فصل) وله التسري بما شاء إذا أذن له السيد في ذلك نص عليه أحمد لأن من جاز له التسري جاز من غير حصر كالحرة فإن أذن له وأطلق التسري تسرى بإحدى وكذلك إذا أذن له في التزويج لم يجوز أن يتزوج أكثر من واحدة وبهذا قال أصحاب الرأي وأبو ثور، وإذا أذن له في التزويج فقد على اثنين في عقد جاز. ولنا أن الأذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه: لاسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الأصل كما لو أذن له في طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة، ولأن الزائد على الواحدة محتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك هل أذن له أو لا؟

(فصل) والمكاتب كالنساء لا يتزوج ولا يتسرى إلا بأذن سيده لأن في ذلك إنطلاقاً للآل الذي في يده وقد قال عليه السلام «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» وأما المعتق بمضه فإذا ملك

يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً مجبراً أو غير مجبر لأنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويجه أم حبيبة ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل ولاصحاب الشافعي في توكيل غير الأب والجد وجهاً (أحدهما) لا يجوز لأنه يلي بالأذن فلم يجوز له التوكيل كالوكيل

ولنا أنه يلي شرعاً فكان له التوكيل كالأب ولايصح قولهم إنه يلي بالأذن فإن ولايته ثابتة قبل إذنها وإنما إذنه شرط لصحة تصرفه فأشبه ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في أن الحاكم ان يستناب في التزويج من غير إذن المرأة ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف ثبتت الأمانة من قبلها؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً فالقيد التوكيل في تزويج رجل بينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرزاه أو من شاء قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يولي على أخته وابنته تقول إذا وجدت من أرزاه فزوجها فتزويجه جائز ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح قائله روى أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر وقال إذا وجدت لها كفواً فزوجها ولو بشرارك فنه فزوجها عمر عثمان بن عفان فهي أم عمر بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولأنه أذن في النكاح فجاز مطلقاً

بجزئه الحر جارية فملكه تام وله الوطء بغير اذن سيده لقوله سبحانه (أو ما ملكت أيمانكم) ولان ملكه عليها تام له التصرف فيها بما شاء بغير اذن سيده فكذلك الوطء وما فيه من الرق لا يمنعه من استيفاء ما يملكه كآله ان يتصرف ويأكل ما يملكه بنصفه الحر . وقال القاضي حكاه حكم القن وهو منصوص الشافعي ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده وكذلك منعه التزويج حتى يأذن له سيده

ولنا انه لاحق لسيده فيها ولا يلحقه ضرر باحتمائه منها فلم يعتبر اذنه فيها كاستخدامها وأما التزويج فانه يلزمه به حقوق تتعلق بمجملته فاعتبر رضى السيد ليكون راضيا بملق الحق بملكه بخلاف مستثنا فان الحق له لاعليه فأما ان اذن له سيده فيه جاز الا عند من ذم العبد التسري لانه كالقن في قولهم (فصل) قل محمد بن ماهر بن ماهر عن أحمد لا بأس للعبد أن يسرى اذا اذن له سيده فان رجع السيد فليس له أن يرجع اذا اذن له مرة وتسرى وكذلك قل عنه ابراهيم بن هاني . وبمقوب بن مختار ولم أر عنه خلاف هذا ، فظاهر هذا انه اذا تسرى باذن السيد لم يملك السيد الرجوع لانه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسا على النكاح

وقال القاضي يحتمل انه اراد بالنسري ههنا التزويج وسماه تسريا مجازا ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده . وظاهر كلام أحمد خلاف هذا وذلك لانه ملكه بضعا أبيح له وماؤه فلم يملك رجوعه فيه كالزوجته

كأذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا كالبيع

(فصل) ولا يعتبر في الوكالة إذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أبا أو غيره ولا يفتر إلى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لنهر المجر التوكيل إلا بأذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل وحكي عن الحسن بن صالح أنه لا يصح إلا بحضور شاهدين لانه يراد بحل الوطء فافتقر إلى الشهادة كالنكاح

ولنا أنه إذن من الولي في التزويج فلم يفتر إلى إذن المرأة ولا لإشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل المرأة ولو كان وكيلها لم تكن من عزله وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتر إلى إشهاد بخلاف النكاح ويطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتوكيل في شراء الاماء لا تسري

(فصل) ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل فان كان للمولى الاجبار ثبت ذلك لو كيله ان كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى مراجعة المرأة لانه نائب فيثبت له مثل ما ثبتت للموكل عنه وكذلك الحاكم في السلطان والحاكم باذن لنهره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية ؟ فروي أنها تستفاد بها اختارها الحرني وهذا قول الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك وروي عنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشافعي والبخاري والحارث اعلم وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ولائها ولاية تنقل إلى

(مسألة) قال (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضي عدتها وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه)

وجملة ذلك أن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأييد ونحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها ونحرم جمع وكذلك أن تزوج الحر أربعاً حرمت الخامسة ونحرم جمع وإن تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة ونحرم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً فالنحرم باقي بحاله في قولهم جميعاً. وإن كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك عند أماننا حتى تنقضي عدتها، وروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو نوري وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع وروى ذلك عن زيد بن ثابت لأن المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نسكاحن ثم قال (وإن نجموا بين الاختين إلا ما قد سلف) ما طرأ عليه والبائن ليست في نكاحه ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول ولنا قول علي وابن عباس وروى عن عبيدة السلماني أنه قال ما أجملت الصعابة على شيء كاجتماعهم

غيره شرعاً فلم يجوز أن يوصى بها كالحضنة ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلا تثبت له الولاية كالاجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك

ولنا أنها ولاية للاب فجازت وصيته بها كولاية المال وما ذكره يبطل بولاية المال ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً بمقامه فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال فلي هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً أم لا أو غير مجبر كالأخ ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الإيجاب فكذلك لوصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه قائم مقامه فهو كالوكيل وقال مالك إن عين الأب الزوج ملك إيجابها صغيرة كانت أو كبيرة وإن لم عين الزوج وكانت بنته كبيرة صححت الوصية فاعتبر إذنها وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجه بأذن

ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زوج وصي الأب الصغيرة فبلفت فلا خيار لها لأن الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح امرأة في عدة أختها وروى عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماؤه في رحم أختين » وروى عن أبي الزناد قال كان لوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء وليس كلهم عابه قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأبى شيء بقي؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعيًا ولأنها معتدة في حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلقة قبل الدخول بها

(فصل) ولو أسلم زوج المحوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بسبب أو إفسار أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحدًا ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل وإن أسلمت زوجته فتزوج أختها في عدتها ثم أسلم في عدة الأولى اختار منها واحدة كما لو تزوجها معا وان أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بانت وثبت نكاح اثنتي عشرة (فصل) إذا أغتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضي استبراءها نص عليه أحمد في أم الولد وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لأنها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح ولنا أنها معتدة منه فلم يجوز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلًا في عهر من جمع ماؤه في رحم أختين ولا ينع من نكاح أربعم سواها

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لا يصح توكيله لأن وكيه قائم مقامه فإن وكاه الولي في تزويج موليته لم يصح لأنها ولاية ليس هو من أهلها ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبتها بولاية النسب فلان لا يملك مناسبة غيره بالتوكيل أولى ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والعبي المميز في العقد لأنهم من أهل اللفظ به وعباراتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية لأنه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه في اللفظ وإن وكله الزوج في قبول النكاح صح وكذلك إن وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير لأنه يصح قبولهم لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وقال بعض أصحابنا لا يصح لأنه أحد طرفي العقد أشبه الإيجاب والأول أولى

(مسئلة) (وإذا استوى الأولياء في الدرجة كالأخوة والأعمام وبنينهم صح التزويج من كل

واحد منهم لأن سبب الولاية موجود في واحد منهم)

(مسئلة) (والأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم)

لأن النبي ﷺ لما تقدم محبسة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ « كبر كبر » أي قدم الأكبر فتكلم حويصة ولأنه أحوط للعقد في اجتماع شروطه والنظر في الحفظ فإن تشاحوا اقترع بينهم لأنهم تساوا في الحق وتمنر الجمع فيقرع

ومنعه زفر وهو غلط لأن ذلك جائز قبل اعتاقها فبعده أولى
(فصل) ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن ومنعه أبو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا أنه عادم للطلول خائف للعنت فأبيح له نكاحها لقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية ولا نسلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة بل يجوز إذا تحقق الشرطان
(فصل) وإن زنا بامرأة فليس له أن يزج بأختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح فإن زنا بأخت امرأته فقال أحد بمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيض وقد ذكر عنه في المزي بها أنها تستبرئ بحیضة لأنه وطء من غير نكاح ولا أحكامه أحكام النكاح وبمثل أن لا نحرّم بذلك أختها ولا أربع سواها لأنها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين لا يمنع أربعاً سواها

(فصل) وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرت به باقضاء عدتها في مدة يجوز اقتضاؤها فيها وكذبت أبيح له نكاح أختها وأربع سواها في الظاهر فأما في الباطن فيبى على صدقه في ذلك لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها ونفي النسب لأنه حق لما ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لأنه قول

ينهم كالأرأس وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفراً أفرغ بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا هذا

﴿مسئلة﴾ (فإن سبق غير من وقت له الفرعة فزوج صح تزويجه في أقوى الوجهين إذا زوج كفوًا باذن المرأة)

لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية بأذن موليته فصح كما لو انفرد وإما الفرعة لازالة المشاحنة وفيه وجه آخر أنه لا يصح ذكره أبو الخطاب فلم يصح تزويجه كالابعد مع الأقرب
﴿مسئلة﴾ (وإذا زوج الوليان اثنين ولم يعلم السابق منها فسخ النكاحان)

وجملة ذلك أن المرأة إذا كان لها وليان قاذنت لكل واحد منها في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقاً فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منها فالتكاح له سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقتادة وابن سيرين والأوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثاني فإن دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر رضي الله عنه إذا أتكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني فإن دخل بها الثاني صار أولى ولأن الثاني اتصل ببعده القبض فكان أحق

ولنا ما روي سمره وعقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول

واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياساً لاحدهما على الآخر وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذباً ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقاً له لا ضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عدلاً ثم أقر أن البائم كان أعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع بثمنه وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينوتها وتحريمها عليه ولم يصدق في سقوط مهرها .

(مسئلة) قال (ومن خطب امرأة فزوج غيرها لم ينمقد النكاح)

معنى ذلك أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل فلا ينمقد النكاح لان القبول انصرف الى غير من وجد الاجاب فيه فلم يصح كما لو سارمه بشرب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح ، قال احمد في رجل خطب جارية فزوجه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما ويكون المصداق على وليها لانه غره ويجهز اليه أختها التي خطبها بالمصداق الاول فان كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد وقوله يجهز اليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لان العقد الذي

أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة وروي نحوه ذلك عن علي وشريح ولان الثاني زوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلاً كما لو علم الحال ولانه نكاح باطل لو غري عن الدخول فكان باطلاً وإن دخل كنكاح المعتدة وأما حديث عمر فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي وجاء على خلاف قول النبي صلى الله عليه وسلم وما ذكروه من القبض لاعمى له فان النكاح يصح بغير قبض مع أنه لأصل له فيقاس عليه ثم يبطل كسائر الانكحة الفاسدة

(فصل) فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصحبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد وطئها من الثاني فأما ان علم الحال قبل وطء الثاني لها فاتها تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني لان عقده عقد باطل لا يوجب شيئاً فان وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء بشبهة يجب لها به المهر وترد الى الاول ولا يحمل له وطؤها حتى تنقضي عدتها وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر قال أحمد لها صداق بالميسر وصداق من هذا ولا ترد المصداق الذي يوجد من الداخل بها على من دفعته اليه لان المصداق في مقابلة الاستمتاع فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ولا يحتاج النكاح الثاني الى فسخ لانه باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لاحكم له ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لا بالتسمية وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى قال القاضي هو قياس المذهب والاول هو الصحيح لما قلنا

عقده لم يصح في واحدة منها لان الايجاب صدر في احدها والقبول في أخرى فلم ينعقد في هذه ولا في تلك فان انتقوا على تجديد عقد في احدهما أيهما كان جاز ،

وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قبل يلزمه مهران ؟ قال نعم ويرجع على وليها هذه مثل التي بها برص أو جذام علي يقول ليس عليه غرم وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صدق لانها زانية تطاوعه ، فأما إن جهلت الحال فلها المهر ويرجع به على من غره . وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الاخرى لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب أبي

(فصل) من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لان كل عاقد ومعهود عليه يجب تعيينهما كالشترعي والمبيع ثم ينظر فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فان الإشارة تكفي في التعيين ، فان زاد على ذلك فقال بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتي وليس له سواها جاز فان سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً فان كان له ابنتان أو أكثر فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ما يتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى

(مسئلة) (فان جهل الاول منها فسخ النكاحان)

ولا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعها أو يعلم أن احدهما قبل الآخر لا يبينه أو يملكه بيينه ثم يشكل والحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعاً لص عليه أحد في رواية الجماعة ثم يزوج من شاء منها أو من غيرها وعن أحمد رواية أخرى أنه يقرع بينها فمن وقعت له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه لانه ان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح وان كانت زوجة الآخر بانت بالطلاق وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لان القرعة تدخل لتمييز الحقوق عند التساري كالسفر باحدى نسائه والبداية بالمبيت عند احدها وتعتبر الانصاء في القسمة وقال الثوري وأبو ثور بخيرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منها طلاقاً فان أياً فرق بينهما وهو قريب من القول الاول لانه تمذر امضاء العقد الصحيح فوجب ازالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر النكاح مفسوخ لانه تمذر امضاءه ولا يصح هذا فان العقد الصحيح لا يبطال بمجرد اشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول الا بفسخه كذا ههنا ، وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحامد بن أبي سليمان أنها تخير فأبى اختارته فهو زوجها وهذا فاسد فان أحدهما ليس بزوجة لما فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد الا أحدهما أو كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها إلا أن يريدوا بقولهم إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فانه

أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأييداً ، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح ، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح لأن هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك ابنتي

وقال بعض الشافعية يصح إذا نويها جميعاً وليس بصحيح لأن النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن ادائها إذا ثبت به المقد وهذا متعذر في النية فلذلك لو قال زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ، وإن قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يباين ما تتميز به عن النساء

(فصل) فإن كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما بنويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حنيفة ، وقال القاضي يصح في التي نويها وهذا غير صحيح لوجهين :

(أحدهما) أنهما لم يلفظا بما يصح التمسك بالشهادة عليه فأشبه ما لو قال زوجتك عائشة فقط أو ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها ، وإذا لم يصح فيما إذا لم يسمها ففيها إذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح .

(والثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تدبر به ولم يوجد ذلك فإن اسم أختها

فإنه يستغنى بالتفريق بينهما وبين أحدهما عن التفريق بينهما وبينها جميعاً ويفسخ أحد النكاحين عن فسخهما فإن أثبت أن تختار لم يجبر وكذلك ينبغي إذا قرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم يجبر على نكاحه لأنه لا يعلم فيتعين إذا فسخ النكاحين ولها أن تزوج من شاءت منهما أو من غيرها في الحال إن كان قبل الدخول وبعد انقضاء العدة إن كان دخل بها أحدهما

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالمقد ولا بينة لهما لم يقبل قولها فإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها لص عليه أحد ، وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء .

ولنا أن الخصم الزوج الآخر في ذلك فلم يقبل في إبطال خقه كما لو أقرت عليه بطلاق فإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول فإن فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل إقرارها لأنها اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن المقدين وقما لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لاحتاجة إلى فسخهما لأنهما باطلان من أصلها ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث لها منهما ولا يرثها واحد منهما لذلك وإن لم يعلم

لا يميزها بل يصرف العقد عنها، وإن كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كسنة الحرق فيها إذا خطب امرأة وزوج غيرها لأن القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه وبمقتضى أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها قلن العقد بلفظه متناول للكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كولو نواها ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الاول لا يصح التزويج لعدم اللبنة منهما في التي يتناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرناه

(فصل) فإن كان له ابنة واحدة فقال لرجل زوجته ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول أصحاب الشافعي لأن قوله بنتي آكد من التسمية لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قل زوجها هذه وأشار إليها وسماها بغير اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل

(فصل) ولو قال زوجها حل هذه المرأة لم يصح لأنه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولأنه لم يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه ما لو قال زوجها من في هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها ولو قل إذا ولدت امرأتي بنتاً زوجها لم يصح لأنه تعليق فنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولأن هذا مجرد وعد لا يعتمد به عقد

ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ بنكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كولو خالفها وقال أبو بكر لا مهر لها لأنها مجبران على الصداق فلم يلزمها مهر كولو فسخ الحاكم نكاح رجل لمسرتة أو غيبته وإن ماتت قبل الفسخ أو الطلاق فلا أحدهما نصف ميراثها فيوقف الأمر حتى يصطاحا عليه وقيل يقرع بينهما فمن خرجت له الفرعة حلف أنه المستحق وورث وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ميراث من أقرت له فإن كان أحدهما قد ادعى ذلك أيضاً دفع إليها ربع ميراثه وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع إيمانهم فإن نكلوا قضى عليهم وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتل أن يحلف ورثة كل واحد منهما واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن أحمد أنه سئل عن رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهما فأيتين أصابتهما الفرعة فهي زوجته وإن مات الزوج فهي التي ترثه

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقتلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لا قراره لها به وإقرارها ببراءة صاحبه وإن ماتا وورث المقر له دون صاحبه لذلك وإن ماتت هي قبلها احتل أن يرثها المقر له كما ترثه واحتمل أن لا يقبل إقرارها له كما لم يقبله في نفسها وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته وليس لورثة

(مسئلة) قال (واذا تزوجها وشرط لها ان لا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها لما روي عن النبي ﷺ انه قال « احق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » وان تزوجها وشرط لها ان لا يتزوج عليها فلها فراقه اذا تزوج عليها)

وجه ذلك أن الشروط في النكاح تنقسم أقساما ثلاثة (أحدها) ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود إليها فمعه وفائده . مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أولا يسافر بها أولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء لها به فان لم يفعل فلها فسخ النكاح بروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر ابن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاذريعي واسحاق ، وأبطل هذه الشروط : زهري وقتادة وهشام بن عروة ومالك واليث واثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابو حنيفة والشافعي ويفسد المهر دون العقد ولها مهر أنثل واحتجوا بقول النبي ﷺ « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه وقال النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبين على التغليب والمراية فكان فاسدا كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها

ولذا قول النبي ﷺ « ان أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » رواه سعيد وفي

واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعوى صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وان لم تقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه وان كان أحدهما قد أصابها وكان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لأنه مقر لها به وهي لا تدعي سواء ، وان كانت مقررة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر له بالمسمى . فان استويا أو اصطاحا فلا كلام ، وان كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط وان كان المسمى لها أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها

(مسئلة) (واذا زوج السيد عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد لانه ملك بحكم الملك لا بحكم الاذن في قولهم جميعاً

فان كان مالكا لاحد طرفي العقد فوكله ملك الطرف الآخر فيه أو وكله المولى في الإيجاب والزواج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين اللتين ذكرهما في المسئلة التي تليها لانه ملك ذلك بالاذن وان زوج ابنته الكبيرة عبده الصغير لم يحجز ذلك إلا برضاها لانه يكافئها ويخرج فيه أيضا وجهان وان زوجة ابنته الصغيرة لم يحجز لانه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها وغنه يجوز

فان أحق الشروط أن توفرا بها ما استحللتم به الزوج ، متفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ المسلمون على شروطهم ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فكان اجماعاً وروى الاثرم باسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشروط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموا الى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل اذا طلقني فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المنصود من النكاح فكان لازماً كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير فقد البلد وقوله عليه السلام « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع ، وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته على أن الخلاف في مشروعيته وعلى من نفي ذلك الدليل ، وقولهم ان هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالاً وإنما ثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها ، وقولهم ليس من مصلحتنا قلنا لا نسلم ذلك فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقد كاشتراط الزهين والضمين في البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل بشرط غير نقد البلد

إذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ولهذا قال القاضي قضي عليه عمر بزوم الشرط إذ تطلقنا فلم يلتفت عمر الى ذلك وقال مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالأهين والضمين في البيع

(فصل) فان شرطت عليه أن يطلق ضررها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « لا نسأل المرأة طلاق أختها لتتبعك »

(مسئلة) (وكذلك ولي المرأة مثل ابن المولى والمولى والحاكم إذا أذنت له في تزويجها وعنه لا يجوز حتى توكل في أحد الطرفين)

وجه ذلك أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها إذا أذنت له أن يزجها فله ذلك وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان (إحداهما) له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لام حكيم امرأة قارض أنجعلين أمرك إلي ؟ قالت نعم قل قد تزوجتك لانه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولانه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين ، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ، فان قيل فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح : زوج وولي وشاهدان » قلنا هذا لا تعرف صحته ولو صح كان مخصوصاً بما إذا زوج السيد عبده الصغير أمته فيتمدى التخصيص إلى محل النزاع وهو يقتصر إلى ذكر الإيجاب والقبول ، وهل يكفي بمجرد (الجزء السابع) (٥٧) (الفتي والشرح الكبير)

والنهي يقتضي نساد المنهي عنه ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه، وقال أبو الخطاب هو شرط لازم لأنه لا يتنافى العقد ولها فيه فائدة فأشبهه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لغيره، وقد ذكرنا ما يدل على فساد، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته

(القسم الثاني) ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو أن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبته أو أكثر أو لا يكون عندها في الليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المراء أن تنفق عليه أو تعطيه شيئا، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأما العقد في نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقا محرما، ولأن النكاح يصح مع الجهول بالأمور فجاز أن ينقذ مع الشرط الفاسد كالإتاق فقد نص أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جهة ليلة ثم رجعت وقالت لأرضي إلا ليلة وليلة فقال: لها أن تنزل بطيب نفس منها فإن ذلك جائز وإن قالت لا أرضي إلا بالمفاسدة كان ذلك حقا لها تطالبه إن شئت

ونقل عنه الأثر في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها في الأيام يجوز الشرط فإن شئت رجعت. وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم:

الإيجاب؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لأن ما اقتصر إلى الإيجاب اقتصر إلى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفي أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف، ولأن إيجابه يتضمن القبول فأشبهه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا إذا قال لامته أعتقتك وجعلت عتقك صدقاتك العقد النكاح، مجرد هذا القول (والرواية الثانية) لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن بوكلا رجلين زوجة إياها بذاتها ذكرها الحرفي قال أحمد في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبه وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن حمير أن المغيرة بن شعبه أمر رجلا بزوجه امرأة المغيرة أولى بهامته ولأنه عقد ملكة بالاذن فلم يحز أن يتولى طرفيه كالبيع ولهذا فارق ما إذا زوج أمته الصبي وعلى هذه الرواية لو وكل من يقبل النكاح له وتولى هو الإيجاب جاز وقال الشافعي في ابن المولى والمولى لا يزوجهما إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولا أن بوكلا من يزوجه لأن وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكة بالاذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من أوليائها لأنه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ما ذكرنا من فعل الصعابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره

النكاح جائز ولما أن ترجع في هذا الشرط . وقد نقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط بمقتضى إبطال العقد نقل عنه المروزي في النكاحيات واليقات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، وعن كره تزويج النكاحيات حماد بن أبي سائبان وابن شبرمة

وقال اشوري : الشرط باطل وقال أصحاب الرأي إذا سألته أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النكاحيات بأسا . وكان الحسن لا يرى بأسا أن يزوجها على أن يجعل لها في الشهر أياما معلومة ، ولعل كراهة من كره ذلك راجع إلى إبطال الشرط وإجازة من أجازته راجع إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كقولنا والله أعلم

وقال القاضي إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي عنه فإن شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد لأنه شرط بذاتي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي وكذلك أن شرط عليه أن لا نسلم إليه فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا على أن لا يقبضه . وإن شرط عليها أن لا يطأها لم يفسد لأن الوطء حقه عليها وهي لا تملكه عليه وبمقتضى أن يفسد لأن لها فيه حقا ولذلك تلك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجلب والعنة

(القسم الثالث) ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة أو أن يطلعا في وقت بيمينه أو يعلقه على شرط . مثل أن يقول زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو بشرط الخيار في النكاح لها أو لاحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى

فصح أن يليه عليها له إذا كانت غل له كالإمام إذا أراد أن يزوج موليته ولأن هذه امرأة لها ولي حاضر غير حاضر فلم يليه الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره ، ومفهوم قوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي له» أنه لا ولاية له على هذه والبيع ممنوع فإن الوكيل يجوز أن يشتري ما وكل في بيعه باذن الموكل (فصل) فأما إن أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يحز أن يزوجها نفسه لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلا زوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى أخذها للوكيل على ما قدمنا في أن الوكيل لا يزوجها إلا بأذن وإن وكل رجلا يقبل النكاح لولده وأوجب هو النكاح لم يحتاج إلى أخذها لأنها قد أذنت له

(مسئلة) (وإن قال السيد لامته أعتقتك وجعلت عتقك صدائق صح فإن طلقها قبل الدخول

رجع عليها بنصف قيمتها وكذلك إن قال جعلت عتق أمي صداقها)

ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة روي ذلك عن علي رضي الله عنه وفضله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو

وذكر ابر الخطاب فيما إذا شرط الخيار ان رضيت أمها أو ان جاءها بالمر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما رواه ابن (أحدهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما إذا شرط الخيار، وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أنه لا خلاف فيها، وقال ابن المنذر قال أحمد وإسحاق إذا تزوجها على أنه ان جاء بالمر في وقت كذا وكذا ولا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والاوزاعي وروى ذلك عن الزهري، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن العقد والشرط جائزان لقوله عليه السلام «المتهمون على شروطهم»

(والرواية الأخرى) يبطل العقد من أصله في هذا كله لأن النكاح لا يكون إلا لازماً وعندها يوجب جوازها، ولأنه إذا قال ان رضيت أمها أو إن جئتني في وقت كذا فقد وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهذا قول الشافعي بنحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) وإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لأن النكاح ينفرد عن ذكر الصداق ولو كان الصداق حراماً أو فاسداً لم يفسد النكاح فلان لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى وبخلاف البيه فانه إذا فسد أحد العوضين فيه فسد الآخر. فإذا ثبت هذا في الصداق ثلاثة أوجه

(أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لأن عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الأمان ثبت فيه الخيار كإلياقات (والثالث) يبطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم يوافق على شيء.

سفة بن عبد الرحمن والحن والزهري وإسحاق

(فصل) وعنه لا يصح حتى يستأنف نكاحها باذنها فإن أبت فعليها قيمتها قال الأوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المروزي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً بزوجه، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح قال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومالك لأنه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانها كما لو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحكم الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بنفس المسمى فانه لو قال بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح ولنا ما روى أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة وما أصدقها؟ قال نفسها عتقها وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتبي صداقي وإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك. ومتى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح لأن الصداق لا يتقدم النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقداً ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها)

لا أعلم بين أهل العلم خلافا في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها وقد روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» قال فخطبت امرأة فكنت أنجباً لها حتى رأيت منها مادعاني إلى نكاحها فتزوجتها. رواه أبو داود وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا، ولأن النكاح عقد يقتضي التمليك فكان لعائد النظر إلى المعتد عليه كالنظر إلى الأمة المستامة ولا بأس بالنظر إليها باذنها وغير اذنها لأن النبي ﷺ أمرنا بالنظر وأطلق وفي حديث جابر فكنت أنجباً لها، وفي حديث عن المغيرة بن شعبه أنه استأذن أبيها في النظر إليها فكرهه فأذنت له المرأة رواه سعيد. ولا يجوز له الخلوة بها لأنها محرومة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة موافقة المحظور فإن النبي ﷺ قال «لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان» ولا ينظر إليها نظرة تلهذ وشهوة ولا لريبة قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك.

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها وذلك لأنه ليس بعورة وهو مجمل المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى مالا يظهر عادة، وحكي عن الأوزاعي أنه ينظر إلى مواضع اللحم، وعن داود أنه ينظر إلى جميعها لظاهر قوله عليه السلام «انظر إليها»

لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالإمام وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم الأثر فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إذا لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العلق صداقا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ولو قال الخاطب للولي أزوجت قال نعم صح عند أصحابنا وكلاؤاقي بالكنيات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(فصل) ولا فرق بين أن يقول أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك أو لا يقول وتزوجتك وكذلك قوله وجعلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عتقك كذلك ذكره الحرقى ونص أحد في رواية صالح إذا قال جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك كان ذلك جائزاً، وبشروط لصحة النكاح أن لا يكون بينهما فصل فلو قال، أعتقتك وسكت سكوتاً يكتنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجني لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فتحتاج إلى أن يتزوجها برضاها بمقد وصادق جديد ولا بد من حضور شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص على ذلك في رواية الجماعة لقوله لانكاح إلا بولي وشاهدين.

(فصل) وإذا قلنا بصحة النكاح فطلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لان الطلاق قبل

وانا قول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) وروى عن ابن عباس انه قال الوجه ويطن الكف ولان النظر محرم أبيع للحاجة فيختص بها تدعو الحاجة اليه وهو ما ذكرنا والحديث مطلق ومن ينظر إلى وجه إنسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه أثوابه سمي راثياً له كما قال الله تعالى (وإذا رأيتم تمجيبك أجسامهم * وإذا رأيك الذين كفروا) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه كالسكين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان

[أحدهما] لا يباح النظر اليه لانه عورة فلم يبح النظر اليه كالذي لا يظهر فإن عباده روى أن النبي ﷺ قال «المرأة عورة» حديث حسن ولان الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه فيبقى ما عداه على التحريم [والثانية] له النظر إلى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدغوه إلى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك قال أبو بكر لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاضرة وقال الشافعي ينظر إلى الوجه والسكين وجه جواز النظر ما يظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر إليها من غير علمه علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة إذ لا يمكن أفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولأنه يظهر غالباً فأبيع النظر اليه كالوجه ولأنها امرأة أبيع له النظر إليها بأمر الشارع فأبيع النظر منها إلى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغراً فقالوا له إنما ردك فعارده فقال أرسل بها إليك تنظر إليها فرضيها فكشف عن ساقها فقالت أرسل لولا أنك أمير المؤمنين لأطمت عينك (فصل) ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والسكين

الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم وقال الاوزاعي يرجع بقيمتها ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع بالنصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لأنها حالة الاتلاف فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسمى فيها أو يكون ديناً تنظر به إلى حالة القدرة؟ على روايتين، وإن قلنا إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لأنه أزال ملكه بموضع لم يسلم له فرجع إلى قيمة المقتول كالبيع الفاسد وكذلك إن قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت قبله أو فعلت ما يفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها.

﴿مسئلة﴾ وان قال لامته أعنتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عنتك صداقك أو لم يقل ويكون عنتك قبلت عنت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها (

لأنه ساق في نكاح فلم يلزمها كما لو أسلف جرة الفاء على أن يتزوجها ولأنه أسقط حقه من الحبل قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفيعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أو ما إليه أحمد

والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى ما يستتر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه أو امرأة ابنه فقال هذا في القرآن (ولا يدين زينتهن) إلا لكذا وكذا قلت ينظر إلى ساق امرأة أبيه وصدرها قال لا يعجبني ثم قال أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا وإلى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل وكلمة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحد النظر إلى ساق أمه وصدرها على الترتي لأن ذلك يدعو إلى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم فروي عن هند ابنة المهلب قالت قلت لأحمد بن محمد بن علي بن أبي حمزة ينظر الرجل إلى فرط أخته وإلى عنقها؟ قال لا ولا كرامة وقال الضحاك لو دخلت على أمي لئنأت أنيها العجوز غطي شعرك . والصحيح أنه يباح النظر إلى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (ولا يدين زينتهن إلا لبعوثهن) الآية وقالت سهلة بنت سبيل يارسول الله إنا كنا نرى سالماً ولداً وكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد وبراني فضلاً وقد أنزل فيهم ماعلت فكيف ترى فيه؟ فقال لما النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواه أبو داود وغيره وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالباً فإنها قالت براني فضلاً ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها

وقال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها ولم يبق إلا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر فكان يراها كذلك اذا اعتدته ولذا ثم دلهم النبي

في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لأنه أزال ملكة منها بشرط عوض لم يسلم فاستحق الرجوع بقيمته كالبائع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لعبد اعتقتك على أن تعطيني ألفاً وهذا قول مالك وزفر لأن هذا ليس بلفظ شرط فأشبه ما لو قال أعتقتك وزوجيني نفسك . وتعتبر القيمة حال العتق وبطلانها في الحال ان كانت قادرة عليها وان كانت معسرة فهل تنظر إلى الميسرة أو تجبر على الكسب؟ على وجهين أصلهما في المفسس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين

(فصل) وان اتفق السيد والامة على أن يتقما وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقاً لكن ان تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

ولنا أن العتق صداقاً في حق النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز في حق أمته كالإراحم ولأنه يصلح عوضاً في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلا يكون عوضاً في النكاح أولى فان النكاح لا يقصد فيه العوض، وعلى هذا لو تزوجها على أن يتقأبها صح نعم عليه أحمد في رواية عبد الله

ﷺ على ما يستدعون به ما كانوا يمتقدونه ويفعلونه

وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلمة أنها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير قالت فكنت أراه أبا وكان يدخل علي وأنا أمشط رأسي فيأخذ ببعض فرون رأسي ويقول اقبلي علي، ولان التحرز من هذا لا يمكن فأبيح كالوجه وما لا يظهر غالباً لا يباح لان الحاجة لا تدعو إلى نظره ولا تؤمن معه الشهوة ومواقفة المحظور فحرم النظر اليه كما نجت المرأة

(فصل) وذوات محارمه كل من حرم عليه نكاحها على التأييد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب، وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها بعد ما أنزل المحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ «أيذني له فإنه عمك تربت بيمينك» وقد ذكر الله تعالى آباء بيوتهن وأبناء بيوتهن كذا ذكر آباءهن وأبنائهن في إبداء الزينة لهم، وتوقف أحمد عن النظر إلى شعر أم امرأته وبنتها لانها غير مذكورتين في الآية، قال القاضي انما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به، وقد صرح في رواية المروزي انه محرم يجوز له المسافرة بها، وقال في رواية أبي طالب: ساعة يعقد عمدة النكاح فحرم عليه أم امرأته فله أن يرى شعرها ومحاها ايست مثل التي يزني بها لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شيء من حسنها وهي حرام عليه

(فصل) فأما أم الزني بها وابنتها فلا يحل له النظر اليهن وإن حرم نكاحهن لان تحريمهن بسبب محرم فلم يقد بإباحة النظر كالمحرمة باللعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأما ليست من ذوات محارمه وكذلك الكافر ليس بمحرم اقرايته المسلمة، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها

إذا ثبت هذا فان العتق يصير صداقاً كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه فان بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها اذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها وحكم المدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ما ذكرنا

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها وكره أنس تزويج من أعتقها لوجه الله تعالى قال الاثرم قلت لأبي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها قال نعم ذلك اذا أعتقها الله كره أن يرجع في شيء

ولنا ما روى أبو موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كانت عنده جارية ففعلها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران» متفق عليه ولانه اذا تزوجها فقد أحسن إليها باعافها وصياتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل الله فانه إنما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً

(فصل) وإذا قال اعتق عبدك على أن أزوجه ابنتي فاعتقه لم يلزمه ان يزوجه ابنته لانه سلف في نكاح وعليه قيمة عبد وقال الشافعي في احد القولين لا يلزمه شيء لانه لا فائدة له في العتق

ليس هو محرما لها ، والظاهر انه اراد ليس محرما لها في السفر أما النظر فلا يجب عليها المحجب منه لان أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة نظرت فراش رسول الله ﷺ فلا يجلس عليه ولم تمتجب منه ولا أمرها بذلك النبي ﷺ

(فصل) وعبد المرأة له النظر الى وجهها وكفها لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم) وروى أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال « إذا كان لاحداكن مكاتب فلك ما يؤدي فامتنع من مكاتب ما بقي عليه دينار ، ورواه سعيد في سننه ، وعن أنس أن النبي ﷺ لا يجتنب من مكاتب ما بقي عليه دينار ، ولم يبلغ رجلها وإذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها ، فلما رأى رسول الله ﷺ ما تلقى قال « أنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك » رواه أبو داود ، وكره أبو عبد الله له أن ينظر الى شعر مولاه وهو قول سعيد بن المسيب وطائفة ومجاهد والحسن وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين ولأن الله تعالى قال (لا تأذنكم الدين ملك أيمانكم والدين لم يباغوا العلم) ثم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح) ولأنه يشق التحرز منه فأبيح له ذلك كذوي المحارم ، وقال أصحاب الشافعي هو محرم حكمه حكم المحارم من الأقارب في أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل ، ولأنه محرم عليها فكان محرما كالأقارب

ولنا ما روى ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » رواه سعيد ولاها لا تحرم عليه على التأيد ولا يحل له استمتاعها فلم يكن محرما كزوج أختها ولأنه غير مأمون عليها

ولنا انه أزال ملكه عن عبده بموضع شرطه فلزمه عوضه كما لو قال اعتق عبدك عني وعلى ثمنه وكذا لو قال طلق زوجتك على ألف فطلقها أو ألق متاعك في البحر وعلى ثمنه وبهذه الأصول يطل قولهم انه لا فائدة له في العتق

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع الشهادة فلا يشهد الا بشاهدين عدلين بالدين ما قلين وإن كانا ضريبن) المشهور عن أحمد أن الشهادة شرط لصحة النكاح روي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنه يصح بغير شهود فعلمه ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمة ابنا ابن عمر وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي ويحيى بن هارون والسنري وأبو نود وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر وقال ابن عبد البر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر الا ان في ثقله ذلك ضعفاً فلم أذكره قال ابن المنذر وقد

٤٥٨ حكم نظر الغلام الى المرأة ونظر كل من الزوجين الى الآخر (المغني والشرح الكبير)

اذ ليست بينهما فرة المحرمية والملاحة لا يقتضي الفرة الطبيعية بدليل السيد مع أمته وانما أبيع له من النظر ما تدعو الحاجة اليه كالشاهد والمتاع ونحوهما وجمعه بعض أصحابنا كالأجنبي لما ذكرناه ، والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما الغلام فإدام طهلا غير مميز لا يجب الاستتار منه في شيء ، وان عقل فقيه روايتان (إحداهما) حكمه حكم ذي المحرم في النظر (الثانية) له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة لان الله تعالى قال (لا يستأذنكم الذين آمنكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح) يمدحهم طوافون عليكم بعضكم على بعض - الى قوله - واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فاستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره ، وقال أبو عبد الله : أبو طيبة حرم نساء النبي ﷺ وهو غلام (ووجه الرواية الاولى) قوله او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ، وقبل لأبي عبد الله متى تقطعت المرأة رأسها من الغلام ؟ قال اذا بلغ عشر سنين

(فصل) ومباح لسكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأبئ منها وما ننذر ؟ فقال لي « احفظ عورتك الامر زوجتك أو ما ملك يمينك » رواه الترمذي وقال حديث حسن - ولان الفرج محل له الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه بكفية البدن ، ويكره النظر الى الفرج فان عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت فرج رسول الله ﷺ قط رواه ابن ماجه ، وفي لفظ قالت ما رأيت من رسول الله ﷺ ولا رآه

أعققت النبي صلى الله عليه وسلم صفية بنت حيي وتزوجها بغير شهود قال أنس بن مالك اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس قال الناس ما ندري أزوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد فلما أراد ان يركب حجبها ففعلوا انه تزوجه متفق عليه قال فاستدلوا علي تزويجها بالحجاب وقال يزيد بن هارون امر الله بالاشهاد في البيع ذون النكاح فاشتراط اصحاب الرأي الشهادة في النكاح ولم يشترطوها في البيع ، ووجه الاولى انه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الحلال باسناده وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين » ولانه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو لولد فاشتراط الشهادة فيه ثلاثا يحجده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وشهود فن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره

(فصل) ويشترط في الشهود الذكورية والعدالة والعقل والبلوغ والاسلام ، فأما الذكورية فقال احمد اذا تزوج بشهادة نسوة لم يحز ذلك لما روى أبو عبيد في الاموال عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق ولانه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يثبت بشهادتهن

ممي وقال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تتعدى بين يدي زوجها وفي يديهما مكشوفة في ثياب رفاق لا بأس به قلت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار الا هي وزوجها فرخص في ذلك (فصل) ويباح لاسيد النظر الى جميع بدن أمته حتى فرجها لما ذكرنا في الزوجين وسواء في ذلك سرية وغيرها لانه مباح له الاستمتاع من جميع بدنهما فأبيح له النظر اليه فان زوج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها الى ما بين السرة والركبة لان عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ إذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجيرو فلا ينظر الى مادون السرة وفوق الركبة فإنه عورة ، رواه ابو داود ومفهومه إباحة النظر إلى ماعدها ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ولا اختلاف فانه قد صارت مباحة لزوج ، ولا نحل امرأة لرجلين فان وطنها لزمه الأم والتعزير وان ولدت فقال احمد لا يلحقه الوالد لانها فراش لغيره فلا يلحقه ولدها كالأجنبية

(فصل) فيمن يباح له النظر من الاجانب. يباح للطبيب النظر الى ما تدعو اليه الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فانه موضع حاجة وقد روي أن النبي ﷺ لما حكم سعد في بني قريظة كان يكشف عن مؤثرهم وعن عثمان أنه أتى بفلام قد سرق فقال انظروا الى مؤثره فلم يجدوه أثبت الشعر فلم يقطعه ولا شاهد النظر الى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينها قال احمد لا يشهد سبي امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها وان نأمل امرأة في بيع أو اجارة فله النظر الى وجهها ليعلمها بعينها فيرجع اليها بالدرك وقد روي عن احمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه ان يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

كالحدود (والثاني العدالة) ففي انعقاد النكاح بشهادة الفاسقين روايتان (احدها) لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولان النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لانه يحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وعلى كلتا الروايتين لا تعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لان النكاح يكون في القرى والبوادي وبين عامة الناس مما لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتمل بظاهر الحال وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه فان تبين بعد العقد انه كان فاسقا لم يؤثر في العقد لان الشرط العدالة ظاهر أو هو ان لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل تبين ان النكاح كان فاسدا لعدم الشرط ولا يصح لانه لو كانت العدالة الباطنة شرطا لوجب الكشف عنها لانه مع الشك فيها يكون الشرط مشكوكا فيه فلا ينعقد النكاح ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها ، وان حدث الفسق فيها لم يؤثر في صحة النكاح لان الشرط انما يشترط حالة العقد ، ولو أقر رجل وامرأة انها نكحتا بولي وشاهدي عدل قبل منها وثبت النكاح بشهادتهما (الثالث العقل) فلا ينعقد بشهادة مجنونين ولا طفلين لانها ليسا من أهل الشهادة ولا لما قول يعتبر (الرابع البلوغ) فلا ينعقد بشهادة صبيين لانها ليسا من أهل الشهادة اشبهما العقل وعنه انه ينعقد

(فصل) فأما نظر الرجل الى الاجنبية من غير سبب فإنه محرم الى جميعها في ظاهر كلام احمد قال أحد لا يأكل مع مطلقة هو أجنبي لا يحل له أن ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر إلى كفها لا يحل له ذلك ، وقال القاضي يحرم عليه النظر إلى ماعداء الوجه والكفين لانه عورة ، ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفين وروت عائشة أن أمها بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ في ثياب رقاق فأعرض عنها ، وقال « يا أمها إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه بغير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتهم من متاعا فاسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي ﷺ « اذا كان لاحد اكن مكتاب فلاك ما يؤدي فلتحتجب منه » وعن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجبين منه » رواه أبو داود وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر اليها وتنظر اليه فصرف رسول الله ﷺ وجهه عنها ، وعن جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجاءة فأمرني أن أصرف بصري حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال لي رسول الله ﷺ « لا تبص النظر النظر فاما لك الاولى وليست لك الآخرة » رواها أبو داود وفي إباحة لنظر الى المرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحا على الإطلاق فما وجه التخصيص

بشهادة مراهقين مقلدين بناء على انها من أهل الشهادة (الخامس الاسلام) فلا ينعقد النكاح بشهادة كافرين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج مسلما وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين ويتخرج لتأمل ذلك بناء على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض والاول أصح لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل » ولانه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

(فصل) وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية في ذلك وجهان

ولنا أنها شهادة على قول فقبلت من الضريرين كالشهادة بالاستفاضة ، ويعتبر ان يتيقن الصوت على وجه لا يشك فيها كما بام ذلك من رأها وينعقد بشهادة عديدين وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد واختلاف في ذلك مبني على الخلاف في قبول شهادتهما في سائر الحقوق وسنذكر ذلك في موضعه ان شاء الله ، (وعنه ينعقد بحضور فاسقين) وقد ذكرنا ذلك (ورجل وامرأتين) ظاهر المذهب ان النكاح لا ينعقد برجل وامرأتين وهو قول التيمي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد انه قال اذا تزوج بشهادة نسوة لم يحز قان كان مهن رجل فهو اهون فيعتدل ان هذا رواية اخرى في اعتقاده بذلك وهو قول أصحاب

لهذه وأما حديث اماء ان صح فيحتمل أنه كان قبل زول الحجاب فنحمله عليه
(فصل) والعجوز التي لا يستحي مثلها لا بأس بالنظر منها الى ما يظهر غالباً لغيرها (والقواعد
من النساء اللاتي لا يرجون نسكاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من
أبصارهم) وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) الآية قال قنسخ وامتنى من ذلك القواعد من
النساء اللاتي لا يرجون نسكاً الآية وفي معنى ذلك الشوها التي لا تستحي

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدن والساقين لان عمر
رضي الله عنه رأى امرأة متلثة فغربها بالدرة وقال يا لسكاع تشبهين بالحرائر وروى أبو حمص
باسناده أن عمر كان لا يرم أمة قنم في خلته وقال إنما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها
محرم ما لم يمنع من ستره بل أمر به، وقد روى أنس أن النبي ﷺ لما أخذ صفة قال الناس لا تدري
أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد فقالوا إن حجبها فهي أم المؤمنين وإن لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب
وطأها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه، وهذا دليل على أن عدم حجب الامة كان
مستفيضاً بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً، وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى
ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوى بعض أصحابنا بين الحرمة والامة لقوله تعالى
(ولا يبدن زينتهن) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة تستوي فيها الحرمة
والامة فان الحرمة حكم لا يؤثر في الامر الطائفي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق
بينهما وان لم يفترقا فيما ذكرناه افترقا في الحرمة وفي مشقة الستر لئلا كان الامة جيلة يخاف

الرأي وروى عن الشعبي لانه عقد معاوضة فانقد بشهادتهن بالرجال كالبيع
ولنا الخبر المذكور ولانه عقد ليس المقصود منه المال ويحضره الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء
كالحدود ولهذا فارق البيع

﴿مسئلة﴾ (وعنه ينقد بحضور مراهقين طائلين) وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (ولا ينقد نسكاح المسلم بشهادة ذميين ويخرج ان ينقد اذا كانت المرأة
ذمية وقد ذكرنا ذلك)

﴿مسئلة﴾ (ولا ينقد بحضور اصمين ولا اخرسين)

لان الاصمين لا يسمعان والاخرسين يتعذر الاداء منهما، وفي انعقاده بشهادة أهل الصنائع الرديئة
كالهجام ونحوه وجهاً بناء على قبول شهادتهم

﴿مسئلة﴾ (وهل ينقد بحضور عدوين او ابني الزوجين او احدهما؟ على وجهين)

احدهما ينقد اختاره أبو عبد الله بن بطة لعموم قوله «وشاهدي عدل» ولانه ينقد بهما نكاح غير هذا الزوج
فانقد بهما نكاحه كسائر العدول (والثاني) لا ينقد لان العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل

الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم النظر الى الفلام التي تخشى الفتنة بالنظر اليه قال أحمد في الامه إذا كانت جميلة تنقب ولا ينظر الى المملوكة كم من نظرة الفت في قلب صاحبها البلبيل.

(فصل) فأما العطفة التي لا تصلح للزواج فلا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في رجل يأخذ الصبية فيضمها في حجره ويقبلها فان كان يحد شهوة فلا وان كان غير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدني أن الزبير بن العوام أرسل بابتة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبدالله فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله ﷺ «مع كل جرم شيطان» فاما اذا بلغت حداً تصلح للزواج كابتة تسم فان عورتها مخالفة لهورة البالغة بدليل قوله عليه السلام «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار فدل على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الفلام للمراحم مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت علي ابنة أخي مزينة فدخل علي النبي ﷺ فأعرض فقلت يا رسول الله أنها ابنة أخي وجارية فقال «إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر إلا وجهها وإلا مادون هذا» وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها وذكر حديث أسماء «إذا بلغت الحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هـ. إذا ولهذا» وأشار إلى وجهه وكفيه واحتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(فصل) ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عنة أو مرض لا يرجي برؤه والخفي والشيخ

شهادته لوالده وعنه ان الشهادة ليست من شروط الزواج وقد ذكرنا الخلاف في ذلك والله أعلم (فصل) قال رحمه الله (الخامس) كون الرجل كفواً لها في إحدى الروايتين فلورضيت المرأة والاولياء بنيره لم يصح) اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة الزواج فروي عنه أنها شرط فانه قال اذا تزوج المولى العرية فرق بينهما وهذا قول سفيان قال احمد في الرجل يشرب الشراب ماهو بكفء لما يفرق بينهما وقال لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لا تمنع تزويج ذوات الاحساب الا من الا كفاء رواء الخلال بإسناده وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجريير في سفر فأقيمت الصلاة فقال جريير لسلمان تقدم فقال سلمان بل انت تقدم فانكم معشر العرب لا تقدم في صلاتكم ولا تكح لساءكم ان الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ولان التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث في الاولياء بنيره اذنه فلم يصح كالمزوجة بنير اذنها وقد روى الدارقطني عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا تكحوهن إلا الا كفاء ولا يزواجهن إلا الاولياء» إلا أن ابن عبد البر قال: هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتاج بمثله، ولو رضيت المرأة والاولياء بنير كفء لم يصح الزواج لفوات شرطه وهذا اختيار الحرقي وإذا قلنا باشتراطها قائما بغير

والمختل القدي لاشهوة له فحكمه حكم ذوي المحرم في النظر لنزول الله تعالى (أوالتابعين غيرأولي الاربة) أي غير أولي الحاجة الى النساء ، وقال ابن عباس هو القدي لانستحي منه النساء ، وغنه هو المختل القدي لايقوم زبه . وعن مجاهد وقادة القدي لاارب له في النساء فإن كان المختل ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره لان عائشة قالت : دخل على أزواج النبي ﷺ فمختل فكانوا يبعدونه من غير أولي الاربة من الرجال فدخل علينا النبي ﷺ وهو ينعت امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع ، واذا أدبرت أدبرت بثمان فقال النبي ﷺ « ألا أرى هذا يعلم ما همنا لايدخلن عليكم هذا » فحجبه رواه ابو داود وغيره ، قال ابن عبد البر ليس المختل القدي تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما التخييت بشدة التأنيت في الخلطة حتى يشبه المرأة في الهين والكلام والنظر والنعمة والعقل فاذا كان كذلك لم يكن له في النساء إرب وكان لايفطن لامور النساء وهو من غيرأولي الاربة القدين ابيح لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبي ﷺ لم يمنع ذلك المختل من الدخول على نسائه فلما جمعه بصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه (فصل) فأما الرجل مع الرجل فكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة . وفي حدها روايتان (أحدهما) ما بين السرة والركبة والاخرى الفرجان وقد ذكرناهما في كتاب الصلاة ولا فرق بين الامرد وذوي الحبة إلا ان الامرد إن كان جبلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجوز تعمده النظر اليه . وقد روي عن الشعبي قال : قدم وفد عبد القيس على النبي ﷺ وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضأة فأجلسه النبي ﷺ وراه ظهره رواه أبو حفص . قل المروذي سمعت أبا بكر الاعين يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لابي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جبلا ففضى إلى أبي عبد الله

وجودها حال العقد فان هدمت بعده لم يبطل النكاح فان كانت معدومة حال العقد فهو قاسد حكمه حكم المقود الفاسدة على ما نذكره إن شاء الله تعالى

(والثانية) ليست شرطاً في النكاح وهي أصح ، وهو قول أكثر أهل العلم روى نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحامد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة ان أبا حذيفة ابن عتبة بن ربيعة تبنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار ، أخرجه البخاري وأمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تسكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج زيد بن حارثة ابنة عمه زينب بنت جحش الاسدية ، وقال ابن مسعود لاخيه أنشدك الله أن لا تزوج إلا مسلماً وإن كان أحراراً أو أسود حبشياً ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أولاداً أو لها فم يشترط وجودها كالمسلمة من العيوب .

وروي أن أبا هند حجج النبي صلى الله عليه وسلم في الياقوت فقال النبي صلى الله عليه وسلم « يا بني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا اليه » رواه أبو داود إلا أن أحد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً.

فخذته فلما قنا خلا بالرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أخي قال اذا جئتنى لا يكون معك والقي أرى لك أن لا يمضي معك في طريق ، فأما الغلام الذي لم يبلغ تسعاً فلا عوة له يحرم النظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى عن أبيه قال : كنا جلوساً عند النبي ﷺ قال فجاء الحسن فجعل يترغ عليه فوق مقدم قميصه أراه قال فقبل زبيته . رواه أبو حنص

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء ، ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والقيمية كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والقيمي في النظر قال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا توضع خمارها عند اليهودية والنصرانية ، وأما أنا فأذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند القمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن موسى لقوله تعالى (أو نسائهن) والاول أولى لان النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن محتجبن ولا أمرن بمحجاب . وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أعاذك الله من عذاب القبر ، فسأت عائشة رسول الله ﷺ وذكر الحديث وقالت أسماء قدمت علي أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ أصلها ؟ قال « نعم » ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والقيمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالسليم مع القمي ولان المحجاب إنما يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما ، فأما قوله (أو نسائهن) فيحتمل أن يكون المراد جملة النساء

قال شيخنا والصحيح أنها غير مشروطة ، وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها **(مسألة)** (لكن إن لم ترض المرأة والاولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ) لان للزوجة ولكل واحد من الاولياء فيها حقاً ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خديسه جعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار فاختارت ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار .

(فصل) وإذا قلنا ليست شرطاً فرضيت المرأة والاولياء جميعهم صح التكاح ، وإن لم يرض بعضهم فقد روي عن أحمد أن العقد يقع باطلاً من أصله لان الكفاءة حق الجميع والمأند منصرف فيها بنير رضائم فلم يصح كتصرف الفضولي وهذا أحد قولي الشافعي وظاهر المذهب أن العقد يقع صحيحاً ويثبت لمن لم يرض الفسخ لما ذكرنا من حديث المرأة التي رفعت الى النبي صلى الله عليه وسلم أن أباهما زوجها بنير كفه خيرها ولم ييها التكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية يثبت الفسخ لمن لم يرض ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء

(فصل) فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان (احدهما) لها النظر الى ما ليس بعورة (والاخرى) لا يجوز لها النظر من ارجل الا إلى مثل ما ينظر اليه منها اختاره ابو بكر وهذا أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نيهان عن أم سلمة قالت : كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فأتا ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجب مني » فقلت يا رسول الله انه ضرير لا يبصر قال « أفصياوان أنها لا تبصرانه ؟ » رواه ابو داود وغيره ، ولأن الله تعالى أمر النساء بفض أبصارهن كما أمر الرجال به ، ولأن النساء أحد نوعي الآديين فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياسا على الرجال بحقه أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ فاتها أشد شهوة وأقل عقلا فتسارع الفتنة اليها أكثر

ولما قول النبي ﷺ لعاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فإنه رجل أمي نضمن ثيابك فلا يراك » متفق عليه ، وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يترني بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلبسون في المسجد متفق عليه ، ويوم فرغ النبي ﷺ من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن وعه بلال فأمرهن بالصدقة ، ولأن لو ممن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء . لنلا ينظرن إليهم ، فأما حديث نيهان فقال أحد نيهان روى حديثين عجيبين يعني هذا الحديث ، وحديث « إذا كان لاحدا كن مكاتب فلنحتجب منه » وكأنه أشار إلى ضعف حديثه إذ يروى الاهذبين الحديثين

لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد اسقط بعض الشركاء بعضه فسقط جميعه كالنصاص .

ولنا أن كل واحد من الاولياء يعتبر رضاه فلم يسقط برضا غيره كالرأة مع الولي . فأما النصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا فاذا سقط بعضه تمذر استيفاءه وههنا بخلافه . ولانه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عند غيرهم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى .

﴿ مسألة ﴾ (فلو زوج الاب بغير كفء برضاها فللاخوة الفسخ)

نص عليه أحمد وقال مالك والشافعي ليس لهم فسخ اذا زوج الاقرب لانه لا حق للأبعد معه فرضاها لا يعتبر كالأجنبي ولنا أنه ولي في حال يلحقه المار بعدم الكفاءة فلك الفسخ كالتساوين

﴿ مسألة ﴾ (والكفاءة الدين والمنصب يعني بالمنصب النسب)

اختلفت الرواية عن أحمد في شرط الكفاءة فعنه أنها شرطان الدين والمنصب لا غير وعنه خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار ، وذكر القاضي في المجردان فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة أما الروايتان في الشرطين الاولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير لانه (المعنى والشرح الكبير) (٥٩) (الجزء السابع)

المخالفين للأصول ، وقال ابن عبد البر نيهان مجهول لا يعرف الا برواية الزهري عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح فالجدة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نيهان خاص لأزواج النبي ﷺ كذلك قال احمد وابو داود قال الأثرم قلت لابي عبد الله كان حديث نيهان لأزواج النبي ﷺ خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس ؟ قال نعم : وان قدر التعارض فتقديم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في إسناده مقال

(مسئلة) قال (واذا زوج امة وشرط عليه ان تكون عندهم بالنهار ويبيت بها اليه بالليل فالعقد والشروط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده)

أما الشرط : فصحيح لانه لا يخل بمصود النكاح فان الاستمتاع إما يكون ليلاً ، وإذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين ، وعلى الزوج النفقة في الليل لأنها سلت اليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد لأنها في خدمته حينئذ ولأنها باقية على الأصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك السكوة ، وقال بعض أصحاب الشافعي ليس على الزوج شيء من النفقة لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام ولم يوجد فلم يجب منها شيء كالحرة إذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض

نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه الى الولد وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط وذكره أبو الخطاب أيضاً وقال مالك الكفاءة في الدين لا غير قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر انها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الاربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن صالح إلا في الصنعة والسلامة من العيوب وام يشتر محمد بن الحسن الدين إلا ان يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفواً لان الغالب على الخنث القسق ولا يعد ذلك نقصاً ، والدليل على اعتبار الدين قول الله تعالى (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستويون) ولان الفاسق مردود الشهادة والرواية غير مأون على النفس والمال مسلوب الولايات ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز ان يكون كفواً لعفيفة ولا مساويا لها لكن يكون كفواً لمثله. فأما الفاسق من الخنث فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات. والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لا تمنع تزويج ذوات الاحساب الا من الاكفاء قال قلت وما الاكفاء ؟ قال في الحسب رواء أبو بكر بن العزير بإسناده ولان العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأمنون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصاً عاراً فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على التعارف ولان في فقد ذلك نقصاً عاراً فوجب أن تستبرأ في الكفاءة

ولنا أن النفقة عوض في مقابلة المنفعة فوجب منها بقدر ما يستوفيه كالأجرة في الاجارة وفارقت الحرة لان التسليم عليها واجب في جميع الزمان فاذا امتنعت في البعض فلم تـ لم ما وجب عليها تسليمه وههنا قد سلم السيد جميع ما وجب عليه

(فصل) فان زوجها من غير شرط فقال القاضي الحكم فيه كما لو شرط وله استخدامهما نهاراً ونايه ارسالها ليلا لاستمتاع بها لانه زمانه وذلك لان السيد يملك من أمته منفعتين منفعة استخدام ولاستمتاع فاذا عقد على احدهما لم يلزمه تسليمها الا في زمن احتيقاتها كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها الا في زمنها وهو النهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما ، وان تبرع السيد بارسالها ليلا ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وان تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلا ونهاراً لم ينسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتدافعها كانت نفقتها كلها على الزوج لان الزوجية تقتضي وجوبها مالم يمنع من استمتاعها عدوانا أو بشرط أو نحوه ولذلك نجب فتنها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حيض أو نحوهما فاذا لم يكن من السيد ههنا بمنع فالنفقة على الزوج لوجود الزوجية المقتضية لها وعدم المانع منها

(فصل) فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لانه يفوت خدتها للمستحقة لسيدتها وان أراد السيد السفر بها فقد توقف أحد عن ذلك وقال بما أدري فيحتمل المنع منه لانه ينوت حق الزوج منها فمنع منه قياسا على ما لو منعه منه مع الإقامة ولا ماله لأحدى منفعتيها فلم يملك منع الآخر من السفر بها

كالدين، فعلى هذا لا تزوج المييفة بفاجر لما ذكرنا ولا عريية بعجمي فلا يكون المولى ولا العجمي كفواً لعربية لما ذكرنا من قول عمر رضي الله عنه وقال سلمان الجبري معشر العرب لا تقدم في صلاتكم ولا تتكح نسائك ان الله فضلكم علينا بحمد صلى الله عليه وسلم وجملة فيكم

﴿مسئلة﴾ (والعرب بعضهم لبعض اكفاء وسائر الناس بعضهم لبعض اكفاء وعنه لا تزوج قرشية

لغير قرشي ولا هاشمية لغير هاشمي)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان غير قرشي لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى قريشاً من كنانة واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم» ولان العرب فضلت الامم برسول الله صلى الله عليه وسلم وقريش أخص به من سائر العرب وبني هاشم أخص به من قريش ولذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواتنا من بني هاشم لا تنكح فضاهم علينا لمكانك الذي وضعك الله به منهم ، وقال أبو حنيفة لا يكافئ العجم العرب ولا العرب قريشاً وقريش كلهم أكفاء لان ابن عباس قال قريش بعضهم لبعض اكفاء (والرواية الثانية) ان العرب بعضهم لبعض اكفاء والعجم بعضهم لبعض اكفاء لان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان وزوج أبا العاص بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة ابنة الحسين

كالمسد وكألو أجراها ثم أراد السفر بها . ويحتمل أن لا السفر بها لانه مالك رقبها كسيد العبد اذا
زوجه ، ولن شرط الزوج أن تسلم إليه الامة بلا ونهارأجاز وعليه ففتمها كلها وليس لمسيد السفر
بها لانه لا حق له في بعضها

(فصل) ويستحب لمن أراد الزوج أن يختار ذات الدين لقول النبي ﷺ « تنكح المرأة لما لها
ولحسها ولجلها ولدينها » فاعلم بذات الدين تربت يداك « متفق عليه ، ويختار البكر لقول رسول الله
ﷺ « أتزوجت يا جابر ؟ » قال قلت نعم قال « بكر أم ثيبا ؟ » قال قلت بل ثيبا قال « فهلا
بكراتلعبها وتلاعبك ؟ » متفق عليه ، وعن عطاء عن النبي ﷺ أنه قال « عليكم بالابكار فانهم
أعذب أفواه وأتقى أرحاما » رواه الامام واحد في رواية « وأنتق أرحاما وأرضى باليسير » ويستحب
أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روي عن أنس قال كان رسول الله ﷺ يأمر بالباة
وينهى عن التبتل نهيها شديدا ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثركم بهم الائم يوم القيامة » رواه
سعيد ، وروي مقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال « اني أصبت امرأة ذات
حسب ومنصب الا انها لا تلد أفأتزوجها ؟ » فنهاه ثم أناه الثانية فنهاه ثم أناه الثالثة فقال « تزوجوا
الودود الولود فاني مكاثركم بهم » رواه النسائي

وعن علي بن الحسين ان النبي ﷺ قال « يا بني هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتسوا أولادهم
فان في أرحامهم البركة » ويختار الجيلة لانها أسكن لنفسه وأغنى لبصره وأكل لمودته ولذلك شرع

ابن علي وزوج مصعب بن الزبير اختها سكينه وزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج
المقداد بن الاسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر رضي الله عنه أخته أم فروة
الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس الفهرية القرشية ، ولان
العجم والنوالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض فكذلك العرب وهذه
الرواية الصحيحة ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وعنه ان الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة فلا تزوج حرة بعبد ولا بنت بزاز
بحجام ولا بنت بان بجائك ولا موسرة بمسرة)

أما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفوًا لحره لان النبي صلى الله
عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فالحرية المقارنة أولى
ولان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة المومنين ولا
ينفق على ولده وهو كالمغدوم بالنسبة إلى نفسه ولا يمنع صحة النكاح فان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لبريرة « لو راجعتني » قالت يا رسول الله أتأمرني ؟ قال « إنما أنا شفيع » قالت : فلا حاجة لي فيه
رواه البخاري ومراجعتها إياه ابتداء نكاح فان نكاحها قد انفسخ باختيارها ولا يشفع إليها النبي

النظر قبل النكاح . وقد روي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال « إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها »

وعن أبي هريرة قال قيل لرسول الله ﷺ أي النساء خير ؟ قال « التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالنه في نفسه ولا في ماله بما يكره » رواه النسائي . وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله ﷺ قال « خير فائدة أفادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد

ويختار ذات العقل ويجنب الحماء لأن النكاح يراى لهشرة ولا تصلح العشرة مع الحفاء ولا بطيب العيش معها وربما تعدى ذلك إلى ولدها . وقد قيل اجتسوا الحفاء فإن ولدنا ضياع وصحبنا بلاء ، ويختار الحسبية ليكون ولدها نجيباً فإنه ربما أشبه أهلها رزق اليهم . وكان يقال : إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها . وعن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « تخيروا لنطفكم وانكحوا الأتقاء وانكحوا اليهم »

ويختار الأجنبية فإن ولدها أنجب وله . هذا يقال اغتربوا لا تضرخوا ، يعني انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم . وقال بعضهم : الغرائب أنجب وبنات الم أصبر . ولأنه لا تؤمن العداوة في النكاح وإفضاؤه إلى الطلاق فإذا كان في قرابته أففى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها والله أعلم

صلى الله عليه وسلم في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

فأما اليسار فقيه روايتان (أحدهما) هو شرط لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحسب المال » وقال « إن أحساب الناس بينهم هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولأن على الموسرة ضرراً في اعسار زوجها لاخلاله بنفقتها ومؤونة أولاده ولهذا ملكك الفسخ باخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارناً ولأن ذلك معدود نقصاً في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ قال نبيه بن الحجاج السهمي

سالتني الطلاق أنت وأنا تي قل مالي قد جئتني بنكر

ويكأن من له لسب يحب ومن يفتقر بش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والثانية) ليس بشرط لأن الفقر شرف في الدين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم أحيني مسكيناً وأمتي مسكيناً » وليس هو لازماً فأشبه العافية من المرض، واليسار المعتبر ما يقدر به على الاتفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه إداؤها مهرها وأما الصناعة فقيها أيضاً روايتان (أحدهما) أنها شرط فن يكتف من أهل الصنائع الدينية كالطوائف والحجام والحارس والكساح والديباغ والقيم والحامى والزبال فليس يكف، لثبات ذوقه المروءات كأصحاب

(باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك)

التحريم بالنكاح ضربان: تحريم عين وتحريم جمع، ويتنوع أيضاً نوعين تحريم نسب وتحريم سبب والاصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع، فأما الكتاب فنقول الله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم والآية التي قبلها والتي بعدها، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال « لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها » متفق عليه. وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ « ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » أخرجه مسلم، وأجمعت الامة على تحريم مانس الله تعالى على تحريمه

(مسئلة) قال (والمحرمات نكاحهن بالانساب : الامهات والبنات والاخوات والمهات والخاللات وبنات الاخ وبنات الاخت، والمحرمات بالاسباب : الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وأمهات النساء وبنات النساء اللاتي دخل بهن وحلائل الابناء وزوجات الاب والجمع بين الاختين)

وجلة ذلك أن المنصوص على تحريمهن في الكتاب أربع عشرة: سبع بالنسب واثنان بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع، فأما اللواتي بالنسب فأولاهن الامهات وهن كل من اتسبت اليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وإن علت من

الصنائع الجليلة كالتجارة والبنية لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبهه نقص النسب وقد جاء في حديث « العرب بعضهم لبعض أ كفاء الا حائكا أو حجاما . »

قيل لاحد وكيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال العمل عليه - يعني أنه ورد موافقاً لاهل العرف . وروي أن ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي خنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازماً فأشبهه الضعف والمرض . قال بعضهم :

ألا إنما التقوى هي الزوال والكرم وجبك - للدنيا هو الذل والسقم
وليس على عبد تقى نقيصة إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليست من شروط الكفاءة فإنه لا خلاف أنه لا يبطل النكاح بها، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الاولياء لان ضرره يخص بها ولوليا منها من نكاح المجنون والاربع والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة .

(فصل) ومن أسلم أو أعتق من العبيد فهو كفه لمن له أبوان في الاسلام والحرية وقال أبو خنيفة ليس بكفه، ولا يضح ذلك لان الصحابة أكثرهم أسدوا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال لهم غير أ كفاء كتابين .

ذلك جدناك أم أمك وأم أبيك وجدنا أمك وجدنا أبيك وجدنا جدناك وجدنا جدناك وإن علوا وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات

ذكر ابو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يا بني ماء السماء . وفي الدعاء اقم صل على آينا
آدم وأمنحوها . والبنات وهن كل أنثى انتسبت اليك بولادتك كاتبة الصلب وبنات البنين والبنات
وإن نزلت درجتهن وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى (وبناتكم) فإن كل
امراة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يا بني آدم) والاخوات من الجهات الثلاث
من الابوين أو من الاب أو من الام لقوله تعالى (وأخواتكم) ولانفرير عليهن . والعات أخوات الاب
من الجهات الثلاث واخوات الاجداد من قبل الاب ومن قبل الام قريبا كل الجد أو بعيداً وارثاً أو غير وارث
لقوله تعالى (وعماكن) والحالات أخوات الام من الجهات الثلاث واخوات الجدات وإن علون وقد
ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقوله (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امراة
انتسبت الى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقوله تعالى (وبنات الاخ) وبنات
الاخت كذلك أيضا محرمات لقوله سبحانه (وبنات الاخت) فهؤلاء المحرمات بالانساب

(النوع الثاني) المحرمات بمحريم السبب وهو قسمان : رضاع ومصاهرة ، فأما الرضاع فالتخصص على التعريم فيه اثنتان الامهات المرضعات وهن اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجدتهن وإن علت درجاتهن على حسب

(فصل) وولد الزنا قد قيل انه كفء لذات نسب وعن أحمد أنه ذكر له أنه يفتح وينكح اليه فكأنه لم يجب ذلك لان المرأة تعبر به هي وأولياؤها ويتعدى ذلك الى ولدها وليس هو كفؤا للثرية بذير اشكال فيه لانه أدنى حالا من المولى .

(فصل) والوالي أكفاء بعضهم لبعض وكذلك العجم قال أحمد في رجل من بني هاشم له مولاة تزوجها الحر اسأني وقول النبي صلى الله عليه وسلم «مولى القوم منهم» هو في الصدقة فأما في التكاثر فلا وذكر القاضي رواية عن أحمد أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج زيداً وأسامة عريتين ولأن موالى بني هاشم ساوهم في حرمان الصدقة مساوهم في الكفاة، وهذا لا يصح فإنه يوجب أن يكون الموالى أكفاء للعرب فإن المولى إذا كان كفواً لسيده كان كفواً لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ولهذا لا يساووهم في استحقاق المجلس ولا في الإمامة ولا في الشرف، وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عريتين على أن فقد الكفاة لا يبطل التكاثر واعتذر أحمد عن تزويجها بأنهما من كلب فهما عريان وإنما طرأ عليهما رق فعلى هذا يكون حكم كل عربي الأصل كذلك.

(فصلاً) فأما أهل البدع فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي يفرق بينهما وكذلك إذا زوج الواقفي إذا كان يخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء القبطية وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي يفرق بينهما وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدري فإذا

ما ذكرنا في النسب محرمات بقوله تعالى (وأما أنكم اللائي أرضعنكم وأخوانكم من الرضاعة) كل امرأة أرضعت أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو أرضعت أنت وهي من ابن رجل واحد كرجل له امرأتان لما منه ابن أرضعتك أحدهما وأرضعتها الأخرى فهي أختك محرمة عليك لقوله سبحانه (وأخوانكم من الرضاعة)

(القسم الثاني) تحريم المصاهرة والمنصرم عليه أربع: أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابتها كما لا تحرم ابتها إلا بالدخول.

ولنا قول الله تعالى (وأما نساكم) والمعقود عليها من نساها فتدخل أمها في عموم الآية. قال ابن عباس أبهوا ما أبهم القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال ولا انفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «من تزوج امرأة فطلتها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج أمها» رواه أبو حفص بإسناد، وقال زيد نحرر بالدخول أو بالوطء لأنه يقوم مقام الدخول وقد ذكرنا ما يرجب التحريم مطلقا سواء وجد الدخول

كان لا يدعوا فلا بأس وقال من لم يربع بعلي في الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه قال القاضي المقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) وأما تعتبر الكفاءة في الرجل دون المرأة فإن النبي ﷺ لا مكافي له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالأماء، وقال «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران» متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يشتر ذلك في الأم.

(باب المحرمات في النكاح)

وهن ضربان محرمات على الأبد وهن أربعة أقسام:

(أحدها) المحرمات بالنسب وهن سبع ذكرهن الله سبحانه في قوله (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الاخت) فأما الأمهات فهن كل من انتسبت إليها بولادة سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازا وهي التي ولدت من ولدتك وإن علت ومن ذلك جدتا أم أمك وأم أمك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدتا جداتك وجدتا أجدادك وإن علون وارتأت كن أو غير وارتأت كلهن أمهات محرمات ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يا بني ماء السماء

أو الموت أولاً ولأنها حرمت بالمصاهرة يقول مبهم فحرمت بنفس انعقد كحليلة الابن والاب
(الثانية) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الرائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأهلهن وهن
كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قرية أو بريدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات
إذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في قول عامة الفقهاء إلا أنه روي عن عمر
وعلي رضي الله عنهما أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره وهو قول داود أنزل الله تعالى وربائبكم
اللاتي في حجوركم قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار على خلاف هذا القول

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا وقال النبي ﷺ لا م حبيبة ولا نعرضن علي بناتكن
ولا اخواتكن ولأن التولية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط
وإنما وصفها بذلك تعريفاً لما بهالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه . وإن لم
يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار إذا بانث من نسلكه إلا أن يموت قبل
الدخول ففيه روايتان [احدهما] تحرم ابنتها وبه قال زبد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر لأن الموت
أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الريبة (والثانية) لا تحرم وهو قول
علي ومذهب عامة العلماء قال ابن المنذر وأجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم
طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والاوزاعي

وفي الدعاء المأثور اللهم صل على آيينا آدم وأماننا حواء . والبنات وهن كل انثى انتسبت اليك بولادتك
كأبنة الصلب . وبنات البنين والبنات وان نزلت درجتهم وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات
لقوله تعالى (وبناتكم) فان كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يا بني آدم)
والاخوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقول الله تعالى (وأخواتكم)
ولا تفرق عليهن . والبنات أخوات الاب من الجهات الثلاث وأخوات الاجداد من قبل الاب ومن
قبل الام قريباً كان الجد أو بعيداً وارثاً أو غير وارث لقول الله تعالى (وعمانكم) والحالات أخوات
الام من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وان نلون وقد ذكرنا ان كل جدة أم فكذلك كل أخت
لجدة خالة محرمة لقول الله تعالى (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادته فهي بنت
أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقول الله تعالى (وبنات الاخ) وبنات الاخ كذلك أيضاً محرمات لقوله
تعالى (وبنات الاخ) فهؤلاء المحرمات بالنسب

(فصل) ولا فرق بين النسب الحاصل بشكاح أو ملك يمين أو وطء شبهة أو حرام فتحرم عليه
ابنته من الزنا لدخولها في عموم اللفظ ولأنها مخلوقة من مائة فحرمت كتحريم الزانية على ولدها وتحريم
المنفية باللعان لأنها منفية ولا احتمال أن تكون ابنته وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى

والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لأن الله تعالى قال (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف وحديث عبد الله بن عمرو قد ذكرناه، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربية كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والاحلال وعدة الأقراء، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقتها إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله أنياس ولا غيره . إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فإن خلاها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لأنها غير مدخول بها، وظاهر قول الحنفي تحريمها لنوله فإن خلاها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً وفي الزنا قلن ما يجلدان ولا يرجان وسند كره فيما بعد أن شاء الله (الثالثة) حلائل البنات يعني أزواجهن سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل إزار زوجها وهي محلة له ، فيحرم على الرجل أزواج ابنته وابنة بنته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لنوله تعالى (وحلائل ابناؤكم) ولا نعلم في هذا خلافاً (الرابعة) زوجات الأب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وإدراكاً كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لنوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد ساف) وقال الهراء بن عازب لقيت خالي ومعه الراية فقالت أين يزيد ؟ قال أرسلني

(القسم الثاني) المحرمات بالرضاع فيحرم به ما يحرم من النسب سواء والذي ذكره الله تعالى اثنتان بقوله الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وإخوانكم من الرضاعة) فالأمهات اللاتي أرضعنكم وأمهاتهن وجدتهن وإن علت درجتهم على حسب ما ذكرناه في النسب محرمات بالآية، وأما الأخوات فهي كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتك أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو أرضعت أنت وهي من ابن رجل واحد كرجل له امرأتان لها منه ابن أرضعتك إحداها وأرضعتا الأخرى فهي أختك محرمة عليك بالآية وكذلك كل امرأة حرمت عليك حرم مثاها من الرضاع كالعمة والحالة والبنت وبنت الأخ وبنت الأخت على ما ذكرنا لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية لمسلم « الرضاع يحرم ما تحرم الولادة » ولأن الأمهات والأخوات منصوص عليهن والباقيات يقسن عليهن ولا نعلم في هذا خلافاً

(القسم الثالث) تحريم المصاهرة وهن أربع : أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وجي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول بها ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائك) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن يضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية قال لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية فذكر الخبر كذلك رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأنه قرب أم بعد، وليس في هذا بين أهل العلم خلافاً علمناه والحد لله، ويحرم عليه من وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر المالك في هذا والرضاع بمنزلة النسب، وعن حفصنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثوري والاوزاعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا ينفذ عن أحد خلافتهم (الضرب الثاني) تحريم الجمع والمذكور في الكتاب الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب وأم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده للعموم الآية فإن تزوجهما في عقد واحد فسد لأنه لا مزية لأحدهما على الآخرة وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداها بعد الأخرى فنكاح الأول صحيح لأنه لم يحصل فيه جمع ونكاح الثانية باطل لأن به يحصل الجمع وليس في هذا محمد الله اختلاف وليس عليه تفريع

﴿مسئلة﴾ (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلاً من الرضاع وهن الأمهات والبنيات والاختوات والعلمات

ابن عباس أجهوا ما أجه القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيته ولا يلح له أن يتزوج أمها » رواه أبو حفص بإسناده وقال زيد تحرم بالدخول أو بالموت لأنه يقوم مقام الدخول، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم، مطلقاً سواء وجد الدخول أو الموت أو لم يوجد ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فخرمت بنفس العقد كحليلة الابن والاب (الثانية) حلائل الآباء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل أزار زوجها وهي محللة له فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وارثاً أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تكحوا ما نكح آبائكم من النساء) وقال البراء بن عازب لقيت خالي ومعه الراية قال أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن يضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية وذكر الخبر رواه كذلك سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأنه قرب أم بعد وليس في هذا بين أهل العلم اختلاف فيما علمنا ونحرم من وطئها أبوه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر المالك في هذا والرضاع بمنزلة النسب وعن حفصنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة

والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت على الوجه الذي شرحناه في النسب لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية مسلم « الرضاع يحرم ما يحرم الولادة » وقال النبي ﷺ في ذرة بنت أبي سلمة « أنها لو لم تكن ريديتي في حجري ما حلت لي ، أنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وإياها ثوبية » متفق عليه ، لأن الأمهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات ولا نعلم في هذا خلافاً

(مسئلة) قال (ولبن الفحل محرم)

معناه ان المرأة اذا أرضعت طفلاً بابن ثاب^(١) من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لأن الابن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل أباه ، وأولاد الرجل إخوة سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها ، وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته ، وآبؤه وأمهاته أجداده وجداته ، قال احمد ابن الفحل أن يكون لرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لا يزوج هذا من هذا . وسئل ابن عباس عن رجل له جاريستان أرضعت إحداها جارية والاخرى غلاماً فقال لا ، الفتح واحد قال الترمذي هذا تفسير لبن الفحل وعن قال بتحريمه علي وابن عباس وعطاء وطارس ومجاهد والحسن والشعبي والقاسم وعروة ومالك والثوري والاوزاعي

(١) كذا في الاصول

والثوري والاوزاعي وابو عبيد واصحاب الرأي ولا نحفظ عن أحد خلافهم (الثالثة) حلائل الابناء فتحرم على الرجل زوجة ابنته وابن ابنته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل أبنائكم) ولا نعلم في هذا خلافاً ، ولا تحرم بناتهم فيحل له نكاح ريبة ابنته وأبيه لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (الرابعة) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن الا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت لزوج من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات فإذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في حجره وهو قول داود لقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار علي خلاف هذا انقول وذاكرنا حديث عمرو بن شعيب في هذا وقال النبي ﷺ « لا تعرضن علي بناتكن ولا أخواتكن » ولأن التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات ، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه ، وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار اذا بانث من نكاحه

(مسئلة) (فان متن قبل الدخول فهل تحرم بناتهن علي روايتين)

(احداها) تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر ولأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الريبة

والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر وإليه ذهب فقهاء الامصار بالحجاز والمراق والشام وجماعة أهل الحديث ، ورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وأبو قلابة ويروى ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ غير مسلمين لأن الرضاع من المرأة لا من الرجل ويروى عن زينب بنت أبي سلمة أنها أرضعتها أسماء بنت أبي بكر امرأة الزبير قالت وكان الزبير يدخل علي وأنا امتشط فيأخذ بقرن من قرون رأسي فيقول أقلي علي فحدثيني أراه والدأ وما ولد فهم إخوتي ثم إن عبد الله بن الزبير أرسل يخطب إلي أم كلثوم ابنتي على حمزة بن الزبير وكان حمزة لكلبية فقلت لرسوله وهل نحل له وإنما هي ابنة أخيه فقال عبد الله إنما أردت بهذا المنع لما قبله أما ما ولدت أسماء فهم إخوتك وما كان من غير أسماء فليسوا لك بأخوة فارسلني فسلي عن هذا فأرسلت فألت وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فقالوا لما إن الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئاً فأنكحتم إياه فلم تنزل عنده حتى هلك عنها

ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها أن أنفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا أذن له حتى استأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني

(والثانية) لا تحرم بهو قول علي وعامة العلماء قال ابن المنذر أجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لأن الله تعالى قال (فإن لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك بقياس ضعيف وقد ذكرنا حديث عمرو بن شعيب ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والاحلال وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقتها إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك نص الله تعالى ولا نص رسوله لقياس ولا غيره ، إذا ثبت هذا فإن الدخول بها وطؤها كنى عنه بالدخول فإن خلاها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لأنها غير مدخول بها

❦ (ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام)

فاذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنته وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حللاً ولو وطئ أم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد علي هذا في رواية جماعة وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي عن ابن عباس أن وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا يحرم الحرام

ولكن أَرْضَعْنِي امرأته قال «انذني له فإنه عمك زبت يمينك» قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول «حرما من الرضاغ ما يحرم من النسب» متفق عليه وهذا نص قاطع في عمل النزاع فلا بد من قول على ما خالفه فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا فإن الزبير كان يمتد لها ابنته وتمتددها بها والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم وقوله مع إقرار أهل عصره أولى من قول ابنه وقول قوم لا يعرفون

(مسألة) قال (والجمع بين المرأة وبين عمتها وبينها وبين خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وهي ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ «لا يجتمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها متفق عليه وفي رواية أبي داود «لا تنكح المرأة على عمها ولا العمة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أخيها» لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى» ولأن العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الأقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرناه فإن احتجوا بعموم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) فخصناه بما روينا، وبلغنا أن رجلا من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فذكر ما أنكر عليه وجه

الحلال «ولأنه وطء لا يصير به الموطوءة فراشاً كوطء الصغيرة

ولنا قوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء) والوطء يسمى نكاحاً قال الشاعر * إذا زينت فاجد نكاحاً * فيدخل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء وهو قوله سبحانه (أنه كان فاحشة ومقراً وساء سبيلاً) وهذا التعليل إنما يكون في الوطء وروى عن النبي ﷺ أنه قال «لا ينظر الله عز وجل إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» وروى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن منبه قال ملعون من نظر امرأة وابنتها فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه، ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالأحرام وحديثهم لا تعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أشوع بعض قضاة العراق كذلك قال أحمد وقيل أنه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع لم يبطل بوطء الشبهة

(فصل) والوطء على ثلاثة أضرب : مباح وهو الوطء من نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع ويصير محرماً لمن حرمت عليه لأنها حرمت عليه على التأيد بسبب مباح شبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو ووطء الأمة التي فيها شرك وأشباه ذلك فيتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعاً قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد

الزاني وتحريم الجم بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها وقال ليس هذا في كتاب الله تعالى فقال لها: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قالا خمس صلوات في اليوم واليلة وألهما عن عدد ركناتها فأخبراه بذلك وألهما عن مقدار الزكاة ونصيبها فأخبراه قنأ فهل نحمدان ذلك في كتاب الله؟ قالا لا نحمد في كتاب الله قال فمن أين صرنا إلى ذلك؟ قالا فعله رسول الله ﷺ والمسلمون بعده قال فكذلك هذا. ثم لا فرق بين الحالة والعمة حقيقة أو مجازاً كعمات آبائنا وأخالاتهم وعمات أمهاتنا وخالاتهن وإن عات درجتهن من نسب كان ذلك أو من رضاع، وكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينها لتأدية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر، ولا يجوز الجم بين المرأة وأنها في العقد لما ذكرناه ولأن الام إلى ابنتها أقرب من الاختين فإذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وابنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجم بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيها بالتحريم ودخولها في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأن أحدهما نحل لما لاخرى لو كانت ذكراً، وفي كراهة ذلك رواه (أحدهما) يكرهه روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبدالعزيز وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على ذي قرابتها كراهية لقطيعة، ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم

أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وإبي ثور وأصحاب الرأي لأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير به الرجل محرماً لمن حرمت عليه ولا يباح له النظر إليها بذلك والوطء ليس بمباح والمحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء لأنها إباحة ولأن الموطوء لم يستبح النظر إليها فلأن لا يستباح النظر إلى غيرها أولى (الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا لإباحة النظر لأنها إذا لم تثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به النسب ولا يجب به المهر بالمطوعة إذا كانت حرة

(فصل) ويستوى في ذلك الوطء في القبل والدبر لأنه يتعلق به التحريم إذا وجد في الزوجة

والامة فكذلك في الزنا

(مسئلة) (فإن كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة لا يوطأ مثلها فلي وجيهين)

أحدهما أن وطء الميتة ينشر الحرمة لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يخص بالحياة كالرضاع والثاني لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بسبب للبضية ولأن التحريم معلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع وأما الرضاع فيحرم ما يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة، وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشر وهو قول أبي يوسف

المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والأخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهته كسائر الأقارب .

(مسئلة) قال (وإذا عد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها ، والجدة وان علا فيما قلت بمنزلة الأب وابن الابن فيه وان سفل بمنزلة الابن)

وجاء ذلك أن المرأة إذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها أقول الله تعالى (وحلائل إبنائكم) وهذه من حلائل إبنائه وتحرم على أبيه لقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم) وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمه عليه لقوله سبحانه (وأمهات نسائكم) وهذه منهن وليس في هذا اختلاف بحمد الله إلا شيء ذكرناه فيما تقدم ، والجدة كالأب في هذا وابن الابن كالابن فيه لأنهم يدخلون في أمم الآباء والأبناء وسواء في هذا القريب والبعيد والوارث وغيره من قبل الأب والام ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك

لأنه وطء لآدمية حبة في القبل أشبه وطء الكبير (والثاني) لا ينتشرها وهو قول أبي حنيفة لأنه ليس بسبب للبعضية أشبه وطء الميتة

(مسئلة) (وان باشر امرأة أو نظر إلى فرجها أو خلها لها لشهوة فعلى روايتين)

إذا باشر فيها دون الفرج لغير شهوة لم ينتشر الحرمة بغير خلاف نعلمه وان كان لشهوة وكان في أجنبية لم ينتشر الحرمة أيضا قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته من شهوة أو قبلها أو باشرها فقال أنا أقول لا يحرم شيء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور وان كانت المباشرة لمرأة محلة له كأمهاته ومملوكته لم تحرم عليه ابنتها قال ابن عباس لا يحرم الريبة إلا الجماع وبه قال طاوس وعمر بن دينار لأن الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يترك النص الصريح من أجله . وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي الرجل المباشر لها وابنه فلأنها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة ولا يظهر للمباشرة أثر ، وأما الامة فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان (أحدهما) ينتشرها روي ذلك عن ابن عمر وابن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي لأنه نوع استمتاع فيتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء (والثانية) لا يثبت بها التحريم لأنها ملازمة ولا توجب الفسל فلم يثبت بها التحريم كما لو لم تكن شهوة ولأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولأن نص في هذا ولا

(مسئلة) قال (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن إلا بنات العمات والخالات وبنات من نسكنهن الآباء والابناء فانهن محلات وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها)

وجملة ذلك أن كل محرمة تعمر ابتها تناول التحريم لها فلا مات تحرم بناتهن لانهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لانهن بنات ويحرم بنات الأخوات وبناتهن لانهن بنات الأخوات وكذلك بنات بنات الأخ الا بنات العمات والخالات فلا يحرم بالاجماع لقول الله تعالى (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) فانهن لله لبنه عليه السلام ، ولانهن لم يذكرن في التحريم فيدخلن في قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والابناء لانهن حرم من لكونهن حلال الآباء والابناء ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلن في قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محلات لقوله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهن الربائب وليس هؤلاء من حرمت أمهن وانا ذكرها لانها محلة فيشبهه حكمها ، فان قيل : فلم حرمت ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة حليمة الابن ؟ قلنا لان ابنة الربيبة ربيبة وابنة الحليمة ليست حليمة . ولان علة تحريم الربيبة

هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فان الوطء يتماق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاعتساف والعدة واقساد الاحرام والصيام بخلاف اللبس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل قال شيخنا وهذا الذي ذكرنا اقرب للصواب ان شاء الله تعالى

(فصل) ومن نظر الى فرج امرأة لشهوة فهو وكسها المشهوة فيه أضراروا بنان (إحداها) ينشر الحرمة في موضع ينشرها المسدود عن عمر وابن عمر وعامر بن زمة وكان بدر بن عبد الله بن عمرو فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لايه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وسام بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ انه قال «من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها وبناتها» وفي رواية — لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وبناتها والثانية لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر الى الوجه والخبر ضعيف قال الدار قطني: وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل انه كنى بذلك عن الوطء وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر حرمة وقال بعض أصحابنا لا فرق بين النظر الى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فان غير الفرج لا يقاس عليه لما بينها من الفرق ولا خلاف تعلمه في ان النظر الى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضا

انه يشق التحرز من النظر اليها والخلو بهما بكونهما في حجره في بيته ، وهذا المعنى يوجد في انتهاوان صفات والحلية حرمت بتكاح الاب والابن لها ولا يوجد ذلك في ابتها

﴿مسئلة﴾ قال (ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة)

يعني انه يثبت به تحريم المصاهرة فاذا زنا بامراة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه أمها وابتها كالوطء بشبهة أو حلالا ، ولو وطئ أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد على هذا في رواية جماعة ، وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وعطاء وطارس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب وبجي بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا يحرم الحرام الحلال » ولانه وطء لا يصير به الموطوءة فراشا فلا يحرم كوطء الصغيرة

ونما قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحا ، قال الشاعر
 * إذا زانيت فأجد نكاحا * فحمل في عهده الآية وفي الآية قرينة تعرفه الى الوطء وهو قوله سبحانه وتعالى (انه كان فاحشة ومقناوسا سبيلا) وهذا التعليل انما يكون في الوطء ، وروي عن

في ان النظر الى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضا ان النظر اذا وقع من غير شهوة لا ينشر الحرمة لان التمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر اذا لم يكن لشهوة فالتنظر أولى وموضع الخلاف في التمس والنظر فيمن بلغت تسع سنين فزاد فاما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن احمد في بنت سبع اذا قبلها حرمت اما قال القاضي هذا محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فان نظرت المرأة الى فرج رجل لشهوة فحكه في التحريم حكم نظره اليها نص عليه أحمد لانه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع وكذلك ينبغي ان يكون حكم لمسها له وقبلها اياه لشهوة لا ذكرنا

(فصل) والصحيح ان الخلو بالمرأة لا تنشر الحرمة وقد روي عن أحمد : اذا خلا بالمرأة وجب الصداق والمدة ولا يحل له ان يتزوج اياها وابتها قال القاضي هذا محمول على انه حصل مع الخلو مباشرة فيخرج كلامه على احدى الروايتين اللتين ذكرناهما فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر في تحريم الربية لما في ذلك من مخالفة قوله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وأما الخلو بأجنبية أو أمته فلا ينشر نكاحا لانهم في ذلك خلافا

﴿مسئلة﴾ (ومن يوطئ بسلام حرم على كل واحد منهما ام الآخر وابتها)

قاله بعض أصحابنا قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة

النبي ﷺ انه قال « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابتنها » وروى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن عتبة قال « ما من من نظر الى فرج امرأة وابتنها » فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه . ولان ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولان النكاح عقد يفسد الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالأحرام ، وحديثهم لا يعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أسوم بعض قضاة العراق كذلك قول الامام أحمد . وقيل انه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع ثم يبطل بوطء الشبهة (فصل) والوطء على ثلاثة أضرب : مباح وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالأجماع ويعتبر محرماً لمن حرمت عليه لانها حرمت عليه على التأيد بسبب مباح أشبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء لامة المشتركة بينه وبين غيره وأشياء هذا فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعاً ، قل ابن المذخر أجمع كل من احتفظ عنه من علماء الأئصار على أن الرجل اذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد انها تحرم على ابيه وابنه وأجداده وولده ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولانه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل محرماً لمن حرمت عليه ولا يباح له بالنظر اليها لان الوطء ليس بمباح ولان المحرمية تتعلق بكال حرمة الوطء لانها اباحة ولان الموطوءة لم يستبح النظر اليها فلان لا يستبيح النظر الى غيرها أولى

كوطء المرأة ولانها بنت من وطئه أو أمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة انثى وقال ابو الخطاب يكون كلباشرة فيما دون الفرج فيكون فيه الروايتان والصحيح ان هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخل في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانهن غير منصوص عليهن ولا هو في معنى المنصوص عليه فوجب ان لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلائل الأبناء ومن نكحن الآباء وأمهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولا في معانهن ولان الوطء في المرأة يكون سبباً للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا وتثبت احكاماً لا يشتها الاواط فلا يجوز الحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبه ولذلك لو أضع الرجل طفلاً لم يثبت به حكم التحريم فهنا أولى وان قدر بينهما شبه من وجه ضيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به وإطراح النص بمثله

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح ابنته من الزنا واخته وبنت ابنه وبنت بنته واخته واخته من الزنا في قول عامة الفقهاء وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز له لانها اجنبية منه ولا تنسب اليه شرطاً ولا يجري التوارث بينهما ولا تمتق عليه اذا ملكها ولا يلزمه فقهها فلم تحرم عليه كمائر الاجانب

(اثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحتها نظر لانه اذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر اذا طأوعته فيه .

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا في القبل والدبر لانه يتعاق به التحريم فيما اذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا فان تلوط بعلام فقال بعض أصحابنا يتعاق به التحريم أيضا فيحرم على اللانط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللانط وابنته قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ولانها بنت من وطئها ولما خرمنا عليه كما لو كانت المودوة أمي . وقال ابو الخطاب يكون ذلك كالبائنة دون الفرج يكون فيه روايتان والصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانهم غير منصوص عليهن ولا في معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلال الابداء ومن نكحن الابداء وأمهات النساء وبناتهن وأيس هؤلاء منهن ولا في معناه لان الوطء في المرأة يكون صبيبا للبعضية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا ويثبت أحكاما لا يثبتها الاواط فلا يجوز إلحاقهن لعدم الملة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فهنا أولى ، وإن قدر بينها شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به وإطراح النص به .

ولما قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فلها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة وما يدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية انظروه « يعني ولدها » فان جاءت به علي دفعة كذا فهو لشريك بن سحماء « يعني الزاني ولانها مخلوقة من مائه فاشبهت المخلوقة من وطء الشبهة ولانها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح وتختلف بعض الاحكام لا ينبغي كونها بنتا كما لو تختلف لرق او اختلاف دين اذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل ان يطاء امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ؟ فانه يحرم على جميعهم لو جهن احدهما انها بنت موطوءهم الثاني انا نعلم انها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لانها ابنة بعضهم غير معلوم فان الحقها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقيين

(القسم الرابع) الملاعة تحرم على الملا عن على التأيد أما اذا لم يكذب نفسه فلا نعلم أحدا قال بخلاف ذلك الا قولنا شاذ . فان كذب نفسه فالمشهور في المذهب انها باقية على التحريم المؤبد ومن أحمد رواية شاذة أنها تحل له وتعود فراشاله إذا لم يكن وجد منه ما يشبه لانه رجوع عن المعنى المحرم فزال التحريم ولذلك يحد ويلحقه نسب الولد وهذه الرواية شذها خبل عن أصحابه وتفردها

(فصل) وبمحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز ذلك كله لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعاً ولا يجري التوارث بينها ولا تعتق عليه إذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم يحرم عليه كسائر الأجانب .

ولنا قول الله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) وهذه بنتها أنثى مخلوقة من مائه هذه حقيقة لا تختلف بالحلل والحرم ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية « انظروه يعني ولدها فان جاءت به على صفة كذا فهو لتمريلك بن سحاه » يعني الزاني ، لأنها مخلوقة من مائه ، هذه حقيقة لا تختلف بالحلل والحرم فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ولأنها بضعة منه فلم تحل له كنفته من النكاح ونكاح بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً كما لو اختلف لرق أو اختلف دين . إذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يعا امرأة في طهر لم يصبا فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم دل هو منه أو من غيره ؟ فإنها محرم على جميعهم لوجوب

(أحدهما) أنها بنت موطوءتهم (والثاني) أننا نعلم أنها بنت بعضهم فنحرم على الجميع كالزوج الوليان ولم يعلم السابق منها وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غير معلوم فإن ألحقها القافة بأحدهم حلت لأولاد البائنين ولم تحل لأحد ممن وطئ أمها لأنها في معنى ربيته

والعمل على الرواية الأولى وهذا يذكر في باب اللعان مبسوطاً إن شاء الله تعالى .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني المحرمات إلى أمدهن نومان)

(أحدهما) المحرمات لأجل الجمع فيحرم الجمع بين الاختين سواء كانتا من لسب أو رضاع حرتين كاتاً أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كاتاً أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعدم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين)

(مسألة) (ويحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تمد مخالفته خلافاً وهم الرافضة ، والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجمعوا بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه ، وفي رواية أبي داود « لا تنكح المرأة على عمها ولا العمة على بنت أختها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أخيها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » ولأن العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الأقارب وانفصاؤه إلى قطعة الرحم المحرم ، فان احتجوا بعدم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما رويناه وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان بما أنكر عليه وجه الزانيين والجمع

(فصل) ووطء الميتة يحتمل وجهين (أحدهما) ينشر الحرمة لانه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بسبب للبضعية ولان التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء والمرت يبطل المنافع ، وأما الرضام فيحرم لما يحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم وهذا يحصل من ابن الميتة وفي ووطء الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشرها وهو قول أبي يوسف لانه ووطء لآدية حية في القبل أشبه ووطء الكبيرة (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة لانه ليس بسبب للبضعية أشبه ووطء الميتة

(فصل) فأما المباشرة فيما دون الفرج فان كانت نذير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف فعلمه ، وان كانت لشهوة وكانت في أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً قال الجوزجاني سألت أهد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة أو قبلها أو باشرها فقال أنا أقول لا يحرمه شيء من ذلك إلا الجناع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور ، وان كانت المباشرة لامرأة محلاة له كاسراته أو مملوكته لم تحرم عليه ابنتها . قال ابن عباس لا يحرم الربيبة إلا لجماع أمها وبه قال طاووس وعمر بن دينار لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي المباشرة لها وابنتها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة فلا يظهر للمباشرة أثر ، وأما الامة فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة فيه

بين المرأة وعمتها وبناتها وبين خالتها ، وقالوا ليس هذا في كتاب الله تعالى ، فقال لها : كم فرض الله عليكم من الصلاة ؟ قالا : خمس صلوات في اليوم والليلة . وسألها عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك . وسألها عن مقدار الزكاة ونصيبها فأخبراه . فقال وأين تجدان ذلك في كتاب الله ؟ قالا لا نجد في كتاب الله . قال فمن أين صرنا ؟ قالا فعليه رسوله الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون بعده . قال فكذلك هذا ولا فرق بين الحالة والعمة حقيقة أو مجازاً كميات آبائنا وخالاتهم ، وعمات أمهاتهم وخالاتهم وإن علت درجاتهن من نسب كان ذلك أو رضاع وكل شخصين لا يجوز لاحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطع الرحم القرية لما في الطباع من التنافس والنيرة من الضرائر ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ولان الام إلى بنتها أقرب من الاختين فاذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وبنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولان احدهما محل لها الاخرى لو كانت ذكراً وفي كراهة ذلك روايتان (احدهما) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر ابن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز ، وروي أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال : سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن زوج المرأة على ذي قرابتها مخافة القطيعة ولانه مفضل الى قطيعة

روايتان (إحداهما) ينشرها روي ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي لانه نوع استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج ولانه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كالوطء (والثانية) لا يثبت به التحريم لأنها ملامسة لا توجب الفسوخ فلم يثبت بها التحريم كما لو لم يكن بشهوة لان ثبوت التحريم اما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فان الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاعتسال والعدة وانفساد الاحرام والصيام بخلاف القمس وذ كر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل وهذا الذي ذكرناه أقرب الى الصواب ان شاء الله سبحانه

(فصل) ومن نظر الى فرج امرأة بشهوة فهو كالمسها لشهوة فيه أيضاً روايتان (إحداهما) ينشر الحرمة في الموضع الذي ينشرها القمس ، روي عن عمرو بن عمرو وعاصم بن ربيعة وكان يدرياً وعبد الله بن عمرو فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها لايجل لا يبن وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول ومجاهد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال « من نظر الى فرج امرأة لم تحمل له أمها وابنتها » وفي لفظ « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » (والثانية) لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي ، وأكثر أهل العلم اتوا به تعالى (وأهل

الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والاخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسن بن حسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد لأنها ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهة كسائر الأقارب .

(مسألة) (فان جمع بينهما في عقد واحد لم يصح)

اذا جمع بين الاختين في عقد واحد أو جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في عقد عليهما ما لم يصح العقد في واحدة منهما لانه لا يمكن تصحيحه فيها ولا مزوجة لاحدهما على الاخرى فيبطل فيها كالأول زوجت المرأة لرجلين وكذا لو تزوج خمساً في عقد واحد بطل في الجميع . لذلك .

(مسألة) (وإن تزوجها في عقدين أو تزوج إحداهما في عدة الاخرى سواء كانت بائناً أو رجعية فنكاح الثانية باطل . أما اذا تزوجها في عقدين وعلم الاولى فنكاحه صحيح لانه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به وبالقصد على الاولى تحرم الثانية فلا يصح عقده عليها حتى تبين الاولى وتنفذ عدتها .

(فصل) (فان لم يعلم أولاهما فعليه فرقتهما ما)

قال أحد في رجل تزوج أختين لا يدري أيهما تزوج أولاً؟ يفرق بينهما لان إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا يعرف المحلة له فقد اشتباها عليه ونكاح إحداهما صحيح ولا يتيقن ينوتها منه

لكم ما واء. ذلكم) ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه والخبر ضعيف
قوله الدارقطني وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كني بذلك عن الوطء ، وأما النظر إلى
سائر البدن فلا ينشر حرمة ، وقال بعض أصحابنا لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة
والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يناس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف نعلمه في أن النظر إلى
الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً في أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة
لأن المس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان غير شهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في المس والنظر
فيمن بانفت سنا يمكن الاستمتاع منها كائنة تسم فازاد فأما العاطلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن أحمد في بنت
ضبع إذا قبلها حرمت عليه أبها . قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فخكه في التحريم حكم نظره إليها نص عليه
أحمد لأنه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع ، وكذلك ينبغي أن يكون حكم
لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة ، وقد روي عن أحمد إذا خلا بالمرأة
وجب الصدق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أبها وابنتها . قال القاضي هذا محمول على أنه حصل مع
الخلوة مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين المتين ذكرناهما فأما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر

لا بطلانها جميعاً أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما وإن أحب
أن يفارق إحداها ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بشيها ولا
يخلو من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على إحداها في الحال بعد فراق الأخرى
(الثاني) إذا دخل بإحداها فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي
عدها ثم نكحها لانا لأننا من أن تكون هي اثنانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلها اعتبرت انقضاء
عدها ويحتل جواز العقد عليها في الحال لأن النسب لاحق به فلا يمان ذلك عن مائه فإن أحب نكاح
الأخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدها ثم تزوج أختها

(القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى وتنقضي عدها
من حين فارقها وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها ، وإن ولدت إحداها أو هما جميعاً فالنسب
لاخوته لأنه أما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق النسب فيه وإن لم يرد نكاح واحدة
منهما فارقهما بطلقة طلقة

(فصل) فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلا إحداها نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما
فيصطلحان عليه فإن لم يفلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها وقال أبو بكر احتياري

في تحريم الربيبة لما في ذلك من مخالفة قوله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وقوله (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وأما الخلوة بأجنبية أو أمت فلا تنشر تحريماً لأنهم في ذلك خلافاً وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك المهر لانه اذا حرم العقد المراد لاوط، فالوط أولى

(مسألة) قال (وان تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فبطل وان تزوجهما في عقدين فالأولى زوجته والقول فيهما القول في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها)

وجملة ذلك أن الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها محرم فن جمع بينهما فعقد عليهما مما لم يصح العقد في واحدة منها لانه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لاحداهما على الآخرة فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك وان تزوجهما في عقدين فنكاح الأولى صحيح لانه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به فبطل العقد على الأولى تحريم الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه ويؤول نكاحها وعدها (فصل) فان تزوجهما في عقدين ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما مما قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أولاً؛ ففرق بينهما وذلك لان احدهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا تعرف المحللة له فقد اشبهتها عليه ونكاح احدهما يصح ولا يتيقن ببطلانها منه إلا بطلاقها جميعاً

أن يسقط المهر اذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول فان دخل بواحدة منها أقرع بينهما فان وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر والمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للآخرى والمصابة المسمى جميعه وان أصابها فلاحدهما المسمى وللآخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا الواجب في النكاح القاسد مهر المثل وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما .

(فصل) قال أحمد اذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها أنزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية انما كان كذلك لانه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يحز له حتى تنقضي عدة الموطوءة فلذلك لا يجوز له وطء امرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها (مسألة) (وان اشترى أخت امرأته أو عمتها أو خالتها صح)

لان الشراء يراد للاستمتاع ولغيره وكذلك صح شراء من لا يحل له كالجوسية وأخته من الرضاع ولا يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضي عدتها لئلا يكون جامعاً بينهما في الفرائش أو جامعاً مائة في رحم أختين وذلك لا يحل لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع مائة في رحم أختين .

أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الويان ولم يعرف الاول منهما وان أحب أن يفارق أحدهما ثم يحدد عقد الأخرى ويسمى فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ولا يخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) أن لا يكون دخل بواحدة منهما فإنه أن يعقد على أحدهما في الحال بهد فراق الأخرى (الثاني) إذا دخل بأحدهما فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ثم ترك المصاهرة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لاتنا لا نأمن أن تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فهذا اعتبرنا اقتضاء عدتها ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال لأن النسب لاحق به ولا يبان ذلك عن مائه وان أحب نكاح الأخرى فارق المصاهرة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها (القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى وتنقضي عدتها من حين فرقها وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها وان ولدت منه إحداها أو هما جميعاً فالنسب لاحق به لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق بالنسب فيه وان لم يرد نكاح واحدة منها فارقها بطلقة

(فصل) فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلا أحدهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه وان لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع بينهما وقال أبو بكر اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول وان دخل بواحدة منهما أقرع بينهما فان وقعت

(مسئلة) (وان اشتراهن في عقد واحد صح لما ذكرنا)

ولا نعلم خلافاً في ذلك ولو اشترى جارية ووطئها جل له شراء أختها وعمتها وخالتها وقد ذكرناه كما لا يخل له شراء المعتدة والمزوجة مع أنها لا يخل له

(مسئلة) (وله وطء إحداها لأن الأخرى لم تصرف فرائشاً)

وهذا قول أكثر أهل العلم وقال الحكم وسامد لا يقرب واحدة منهما وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لا أحد .

ولنا أنه لم يجمع بينهما في الفرائش فلم يجز كما لو كان في ملكه أحدهما وحدها

(فصل) وليس له الجمع بين الأختين من إمامته في الوطء نص عليه أحد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمرو وابن مسعود ومن قال بتحريمه عبد الله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وروي عن ابن عباس أنه قال أحلتهم آية وحرمتهم آية ولم أكن لأفعله وروي ذلك عن علي أيضاً يريد بالحرمة قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الأختين) وبالحللة قوله تعالى (الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وروي ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين أحرام هو؟ قال لا أقول حرام ولكن ينهى عنه وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالاً بالآية المحللة لأن حكم الحرار في الوطء يخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب نهي عن الآيات

لغير المصابة فلها نصف المهر والمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وإن وقعت على المصابة فلا شيء للآخرى والمصابة المسمى جميعه وإن أصابهما معا فلا حداهما المسمى وللآخرى مهر المثل يفرع بينهما فيه إن قلنا أن الواجب في النكاح الفاحد مهر المثل وإن قلنا بوجود المسمى فيه وجب هنا لكل واحد منهما

(فصل) قال أحمد إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجوز له حتى تنقضي عدة الموطوءة كذلك لا يجوز الوطء لامرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها

(مسئلة) قال (وإن تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية)

وجه ذلك أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معا بأن يكون لرجل أخت وابنة عم أحدهما رضيمة المتزوج فيقول له زوجتكما معا فيقبل ذلك فالمقصود هنا صحة نكاح الأجنبية ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة وقيل فيه روايتان (أحدهما) يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر لأنها لفظة واحدة جمعت حلالة وحراما فلم تصح كما لو جمع بين أختين .

الحرمة فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤها والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعاً وهذا من ولأنها امرأة صارت فراشا حُرمت أختها كالزوجة .
(مسئلة) (وإن وطئ أحدهما فليس له وطء الآخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج)

هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي وإسحاق والشافعي فإن وهما لم يحل له أختها لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له باذن المرتهن فيه ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه ، وقال قتادة إن استبرأها حلت له أختها لأنه قد زال فراشه ولهذا لو أمت بولد فتفاه بدعوى الاستبراء اتقى فأشبه ما لو زوجها .

ولنا قول علي وابن عمر ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا أحلها له فأشبه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولأن ذلك لا يمنعه وطأها فلا بأس من عوده إليها فيكون ذريعة إلى الجمع بينهما وإن حرم أحدهما فظاهر كلام الحرقي أنه لا يحل له الآخرى وهو مقتضى كلام شيخنا في الكتاب المتزوج وقال أصحاب الشافعي تحل له الآخرى لأنها حُرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبهه التزوج ولأنه لئلا من إباحتها بما لا يقف على غيرها

(فصل) وإذا أخرجها من ملكه لم يحل له أختها حتى يستبرئ المخرجة وتعلم برأها من الحل

(والثانية) يصح في الحرة وهي أظهر الروايتين وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليها عقد صادر عن أهل لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كالأول انقردت به وفارق العقد على الاختين لأنه لا مزية لاحدهما على الأخرى وهما قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بوسط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجرز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين؟ على وجهين يأتي ذكرهما إن شاء الله

(فصل) ولو تزوج يردية ومجوسية ومحللة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الأخرى وجهان ، وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الأمة وفي الحرائر وجهان ، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكح الجميع ، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لأن الجمع بينهما محرم فلم يصح فيهما كالأختين

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا اشترى أختين فأصاب احدهما لم يصب الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الأولى)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ستة :

(الفصل الأول) أنه يجرز الجمع بين الأختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك بينها

فإن كانت حاملاً منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لأنه يكون جامعاً في رحم أختين فهو بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها

(مسألة) (فإن عادت إلى ملكه لم يبطأ واحدة منها حتى يحرم الأخرى)

متى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء إحداها حتى يحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي لا تحرم عليه واحدة منهما لأن الأولى لم تبق فراشاً فأشبهه مالو وطئ أمة ثم اشترى أختها ولنا أن هذه صارت فراشاً وقد رجعت إليه التي كانت فراشاً فحرمت كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً كالأول انقردت به فأما إذا وطئ أمة ثم اشترى أختها فإن المشتراة لم تكن فراشاً له لكن هي محرمة عليه باستفراش أختها ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت إليه قبل وطء أختها فهي حلال وأختها محرمة عليه لأن أختها فراشه وقدروي عن أحمد أن الجمع بين الأختين في الوطء بمالك العين لا يحرم بل ينهي عنه فيكون مكروهاً وقد ذكرناه والمذهب أن ذلك حرام والله أعلم

(فصل) فإن وطئ أمتيه الاثنتين ما فوطئه الثانية محرم ولا أحد فيه لأنها ملكة ولأن في حلها

وبين عمتها وخالتها ، ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها لان الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء الجوسية والوثنية والمعتدة والزوجة والمهرمت عليه بالرضاع والمصاهرة

(الفصل الثاني) أنه لا يجوز الجمع بين الاختين من امانته في الوطء نص عليه احمـد في رواية الجماعة وكرهه نهر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود وعمن قال بتحريمه عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والارزاعي وابو حنيفة والشافعي ، وروي عن ابن عباس انه قال أحلتها آية وحزمتها آية ولم أكن لأفعله ، ويروى ذلك عن علي أيضا يريد بالحرمة قوله (وإن تجمعوا بين الاختين) وبالحللة قوله تعالى (إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم)

وقد روى ابن منصور عن احمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال لا أقول حرام ولكن ننهي عنه وظاهر هذا انه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالا بالآية المحللة لان حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب بتحريمه للآية المحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعا بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمهرمات جميعن وهذه منهن ولانها امرأة صارت فراشا فحرمت أختها كالزوجة

حلها اختلافا وله سبيل الى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطء واحدة حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال لا يطؤها حتى يستبرئ الثانية

ولنا ان اثانية قد صارت فزاشا له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطئ الاولى في حيض أو قاس أو أحرام فان أختها تحرم عليه ويحرم عليه أمها وابنتها على التأيد وكذلك لو وطئ بشبهة في هذه الحال ولو وطئ امرأته حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراما أو حلالا

(فصل) وحكم المباعدة من الاماء فيما دون الفرج والنظر الى الفرج لشهوة فيما يرجع الى تحريم الاخت كحكمه في تحريم الريبة والصحيح أنها لا تحرم ولان الحل ثابت بقوله تعالى (أو ما ملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك إنما تثبت بقوله (وإن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منها ولا في مناهما .

(مسئلة) (وان وطئ أمته ثم تزوج أختها لم يصح عند أبي بكر)

وقد سئل أحمد عن هذا فقال لا يجمع بين الاختين الايتين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهو إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام أحمد لان النكاح تصير به للمرأة فراشا

(الفصل الثالث) أنه اذا كان في ملكه أختان فله وطء احدهما في قول أكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما، وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً واحداً. ولنا أنه ليس يجمع بينهما في الفراش فلم يحرم كما لو كان في ملكه احدهما فقط.

(الفصل الزايم) انه اذا وطئ احدهما فليس له وطء الاخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي، فان رهنها لم تحل له أختها لان منعه من وطئها حتى المرتين لان تحريمها ولهذا يحل له باذن المرتين في وطئها ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه، وقال قتادة إن استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد ففاد بدعوى الاستبراء اتى فأشبهه بالزوجها.

ولنا قول علي وابن عمر ولانه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له فأشبهه بالوطئ وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولان ذلك لا يمنع وطئاً فلا يأمن عوده اليها فيكون ذلك ذريعة الى الجمع بينهما وإن حرم احدهما على نفسه لم تبيح الاخرى لان هذا لا يحرمها انما هو بين يكفر ولو كان يحرمها إلا انه لعارض متى شاء ازاله بالكفارة فهو كالحيض والنفاس والاحرام والعصام، وإن كاتب احدهما فظاهر كلام الحرقى انه لا تحل له الاخرى، وقال اصحاب الشافعي تحل له الاخرى لانها حُرمت بعمله بسبب لا يقدر على رفعه فأشبهه بالتزويج.

ولنا أنه بسبيل من استباحتهما بما لا يقف على غيرهما فلم تبيح له أختها كالمرهونة

فلم يحز ان ترد على فراش الاخت كالوطء ولانه فعل في الاخت ما ينافي اباحتها أختها فلم يحز كالوطء وظاهر كلام أحمد أنه يصح ذكره أبو الخطاب ولا يطؤها حتى يحرم الموطوءة وهو مذهب أبي حنيفة لانه سبب يستباح به الوطء فجاز ان يرد على وطء ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المتكوجة وتحرم أختها لان النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فاذا اجتماعا وجب تقديم الاقوى ووجه الاولى ما ذكرناه ولان وطء مملوكة معنى يحرم أختها لعلامة الجمع فنصح صحة النكاح كالزوجة ويفارق الشراء فانه لا ينحصر في الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا يحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وان سلم فالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما طرأ عليه مما ينافيه كالمدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأما ولان هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها لكونه لم يشتر الموطوءة فان عادت الى ملكه لم يبطأ واحدة منها حتى يحرم الاخرى إذا قلنا بصحة النكاح لان الاولى عادت الى الفراش فاجتمع فيه فلم يستباح واحدة منها قبل اخراج الاخرى عن الفراش.

(فصل) فان زوج الامة الموطوءة أو اخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فان عادت الامة الى ملكه فالزوجة بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل الامة وعنه أنه ينبغي أن يحرم احدهما لان أمتها التي كانت فراشاً قد عادت اليه والمنكوجة مستفرشة فأشبه أمتها اللتين وطئ احدهما

(الفصل الخامس) انه اذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرئ. المخرجة ، ويعلم برأتها من الحمل ومتى كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لانه يكون جامعاً له في رحم أختين بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها .

(فصل) فان وطئ أمته الاختين معاً فرط. الثانية محرم ولاحد فيه ولان وطأ في ملكه ولانها مختلف في حكمها وله سبيل الى استبراءها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولايجل له وطأ إحداهما حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال : لا يطؤها حتى يستبرئ. الثانية

ولنا أن الثانية قد صارت فراشا له بإحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطئ. الاولى في حيض أو نفاس أو احرام حرمت عليه أختها وتحرم عليه أمها وابنتها على التأييد وكذلك لو وطئ امرأة بشبهة في هذا الحال ولو وطئ امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراماً أو حلالاً

(الفصل السادس) أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الاولى الى ملكه فليس له وطئ إحداهما حتى تحرم الاخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي لا يحرم عليه واحدة منهما لان الاولى لم تبق فراشا فأشبهه ما لو وطئ أمه ثم اشترى أختها

بعد تزويج الاخرى ثم يطلق الزوج أختها فان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الثراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبهه ما لو وطئ أمه ثم اشترى أختها فان وطئ أمته حرماً عليه حتى يستبرئ. الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى واسبق وإنما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعاً له في رحم أختين ويحتمل ان تحرم عليه جميعاً حتى يحرم إحداهما كالامتنين وحكم عمه المرأة وخالتها كاختها في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيها كالتفصيل في الاختين على ما ذكر

(مسألة) (ولا بأس ان يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

هذا قول أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وبينها في النكاح فعلى عبدالله بن جعفر وعبدالله ابن صفوان بن أمية وهو قول سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى فانهم كرهوه لان إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى فأشبهه المرأة وعمتها

ولنا قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم ولائمهم الا قرابة بينهم) فاشبهوا الاجنيين ولان الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القولية بين المتناسين ولا قرابة بين هاتين ، وبهذا يفارق ما ذكره (فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج

ولنا أن هذه صارت فراشا وقد رجعت اليه التي كانت فراشا فخرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشا كما لو انفردت به فاما ان استفرش أمة واشترى أختها، فان المشتراة لم تكن فراشا له بل هي محرمة عليه بافتراش أختها، ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت اليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه لان أختها فراشه

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج، والنظر إلى الفرج بشهوة فيما يرجع إلى تحريم للاخت كحكمه في تحريم الربيبة، والصحيح أنه لا يحرم لان الحمل ثابت بتو له (أو ما ملكت أيما نكح) ومخالفة ذلك انما ثبت بقوله (وأن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا ما في معناهما

(فصل) وان وطئ أخته ثم أراد نكاح أختها فقد سئل احمد عن هذا فقال لا يجمع بين الاختين الا مئتين فيعتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهي إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام احمد لان النكاح يصير به المرأة فراشا فلم يجوز أن ترد على فراش الاخت كالوطء. ولانه فعل في الاخت ما ينافي بإباحة أختها المفترشة فلم يجوز كالوطء، وبمحتمل أن يصح النكاح ولا نباح المنكوحة حتى تحرم أختها وهو مذهب أبي حنيفة. قال ابو الخطاب وهو ظاهر كلام احمد لانه سبب يستباح به الوطء. فجاز أن يرد على وطء الاخت ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم

أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان ما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فانه ليس بينها قرابة ولا سبب يقتضي التحريم وكونه أختا لا يرد الشرع بانه سبب للتحريم فيبقى على الاباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولدا صار عمًا لولدها وخالا

(فصل) إذا تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه فتزويج امرأة وزوج أباه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فاذا ولد لكل واحد ولد كان ولد الاب عم ولد الام وولد الابن خال ولد الاب ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني أمها فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرتني بقرابة ولدك من ولد أهلك أخبرتك فقال الرجل: يا أمير المؤمنين هذا العريان ابن الهيثم الذي وليته قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني. فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله.

(فصل) إذا تزوج رجل امرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها فان وطء الاول يوجب عليه مهر مثاها لانه وطء شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطء حليلة أبيه أو ابنه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ من قبلها بشكيتها من وطئها ومطاعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطيء لانه لا يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة

أختها لان النكاح أقوى من الوطء، ذلك المبين فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى، ووجه الاول ما ذكرنا ولان وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعله الجمع فمع صحة نكاحها كالزوجة ويفارق الشراء، فإنه لا يقصد به الوطء. ولهذا صح شراء الاختين ومن لا يحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء، منوع وان لم قالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما يطرأ عليه مما يتنافيه كالمدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأنها ولان هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها لكونه لم يستبريء الموطوءة

(فصل) قال زوج لامة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فلا نكاح لأختها فان عادت الامة إلى ملكه فالزوجة بحالها وحالها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الامة وعنه أنه ينبغي أن تحرم أحدهما لان امته التي كانت فراشا قد عادت اليه والمنكوحه مستفرشة فأشبه أمته التي ومليء أحدهما بعد تزويج الاخرى ثم طلق الزوج أختها وان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء، ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبه ما لو ومليء أمته ثم اشترى أختها فان ومليء أمته حرمت عليه حتى يستبريء الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى وأسبق وانما وجب الاستبراء لئلا يكون جاءها لما فيه في رحم أختين، يعتدل أن يحرم ما عليه جميعاً حتى تحرم أحدهما كالامتنين

(مسئلة) قال رحمه الله (وعمة الامة وخالتها في ذلك كأختها)

يعنى في تحريم الجمع بينهما في الوطء، والفصل فيها كانه تفصيل في الاختين على ما ذكرنا

في افساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شيء كما لو انقردت به ويحتمل أن يجب عليه لزوجهها نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع وينفسخ نكاح الواطيء أيضاً لان امرأته صارت اما للموطوءة أو بنتا لها ولها نصف المسمى فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فان اشكل الاول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك (مسئلة) (ولا يحل للحران أن يجمع بين أكثر من أربع ولا للعبدان أن يتزوج أكثر من اثنتين فان طلق أحدهما لم يتزوج أخرى حتى تنقضي عدتها)

أجمع أهل العلم على ان الحر لا يحل له أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات لا فم أحداً منهم خالف في ذلك الاشيا يحكى عن القاسم بن ابراهيم أنه اباح نفسه لقول الله تعالى (منى وثلاث وربع) والواو للجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا خرق الاجماع وترك للسنة فان النبي ﷺ قال لنبيلان بن سمية حين أسلم ونحته عشرة نسوة « أمسك اربعا وفارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية اسلمت ونحتي خمس نسوة فقال لي النبي ﷺ « فارق واحدة منهن » رواهما الشافعي في مسنده واذا

٤٩٨ (لا بأس بالجمع بين من كانت زوجته رجل وابنته من غيرها) (المغني والشرح الكبير)

(مسئلة) قال (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجته رجل وابنته من غيرها)

أثر أهل العلم برون الجمع بين المرأة ورجل وابنتها جائز لا بأس به فعلى عبد الله بن جعفر وصفوا بن أمية وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى رويت عنهم كراهيته لأن أحدهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الأخرى فأشبهه للمرأة وعنه

ولما قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولائهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الأجنبيةتين، ولأن الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكره

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان مما ولدت المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فإنه ليس بينهما نسب ولا صلب يقتضي التحريم، وكونه أخاً لا اختياراً لم يرد الشرع بأنه سبب التحريم فبقي على الإباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار محلاً لولد ولديهما وخالاً

(فصل) وإن تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، فتى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فإذا ولد لكل واحد منهما ولداً كان ولد الابن خال ولد الاب وولد

منع من استدامة زيادة على أربع فلا ابتداء أولى والآية أريد بها التحخير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير ذلك فقد جهل اللغة العربية وأما النبي ﷺ فمخووس بذلك ألا ترى أنه جمع بين أكثر من تسع

(فصل) وليس للعبد أن يزيد على اثنتين ولا خلاف في جواز الجمع بين اثنتين له واختلفوا في إباحة الأربع له فذهب أحمد أنه لا يباح له الاثنتان وهذا قول عمر بن الخطاب وعلي وعبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنهم وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولأن هذا طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد فيه الحر كما قال

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان أجاباً وقد روى ليث ابن أبي سليم عن الحكم بن عتيبة قال أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الامام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر سأل الناس كم يتزوج العبد ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف اثنتين وطلحة ثنتين فدل هذا على أن ذلك كان بمحض من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا محض عموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الاحرار وهو قوله تعالى (أوما)

الاب هم ولد الابن . وروى أن رجلاً أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني بأما فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرتنى بقرابة ولك من ولد ابنتك أخبرتك ، فقال الرجل يا أمير المؤمنين هذا العريان بن المهيم الذي وليته قائم سيفك ان لم ذلك فلا تخبرني قال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله

(فصل) وإذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما الى صاحبه فوطئها فان وطئ الاول بوجوب عليه مهر مثلها لانه وطئ شبهة وينسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطئ حليلة ابنه أو أخته وينقطع به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاعيتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطئ لانه لم يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطوعة فلم يجب على زوجها شيء كالمواثقة به ، وبمحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع . وينسخ نكاح الواطئ أيضاً لان امرأته صارت أمًا لموطوءته أو بنتًا لها ، ولها نصف المسمى ، فأما وطئ الثاني فيوجب مهر اثل للموطوءة خاصة فان أشكل الاول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك

ملكك أيمانكم ويفارق النكاح المأكول فانه مبني على التفضيل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه امته ولان فيه ملكا والعبد ينقض في الملك عن الحر

(فصل) إذا تزوج الرجل امرأة حرمت عليه أختها وعمتها وخالها وبنت أختها وكذلك إذا تزوج الحر اربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع وان تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجبياً فالتحريم باق محاله في قولهم جيباً وان كان الطلاق بائناً أو فسحاً فكذلك حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع من سمينا في تحريم وروى ذلك عن ثابت لان المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نكاحهن وقال (وأن تحبوا بين الاختين) معطوفاً عليه والباثن ليست في نكاحه ولانها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول بها

ولنا قول علي وابن عباس وروى عن عبيدة السلماني أنه ما اجتمعت الصحابة على شيء كاجتماعهم على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح المرأة في عدة أختها وروى عن النبي ﷺ انه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع مائه في رحم أختين » وروى عن أبي الزناد قال كان الوليد بن عبد الملك اربع نسوة فطلق واحدة البنت وزوج قبل ان تحل فعاب ذلك كثير من الفقهاء وليس كلهم طابة

(مسئلة) قال (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبايحهم حلائل للمسلمين)

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب وعن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم ، قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الاوائل انه حرم ذلك ، وروي الحلال باسناده ان حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبيدي تزوجوا نساء من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم وحرمة الامامية تسكها بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن - ولا تنكحوا بهن الكوافر)

ولنا قول الله تعالى اليوم أحل لكم الطيبات الى قوله (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيموهن أجورهن) واجماع الصحابة بأما قوله سبحانه (ولا تنكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى لانها متقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما وقال آخرون ليس هذا نسخا فان لفظ المشركين باطلانه لا يثناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منافكين) وقال (ان الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وقال (تتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وسائر أي

قال سعيد بن منصور إذا طاب عليه سعيد بن المسيب فأني شيء يبقى ؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجياً وفارق المطلقة قبل الدخول بها

(فصل) ولو أسلم زوج الجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بيب أو اعسار أو غيره لم يكره له ان يتزوج احداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا تتمجل الفرقة أو لم نقل فان اسلمت زوجته فتزوج اختها في عدتها ثم أسلمها اختار منها واحدة كما لو تزوجها مما وان اسلم بعد انقضاء عدت الاولى بانث وثبت نكاح الثانية

(فصل) إذا اعتق ام ولده أو امة كان يصيبها فليس له ان يتزوج اختها حتى ينقضي استبراءها نص عليه أحمد في ام الولد وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لأنها ليست بزوجة ولا في عدة من نكاح ولنا انها معتدة منه فلم يحز له نكاح اختها كالمعتدة من نكاح أو طهر بشبهها ولانه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلا في عموم من جمع ماؤه في رحم اختين ولا يمنع من نكاح اربع سواها ومنه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل إعتاقها فبعده أولى

(فصل) ولا يمنع من نكاح امة في عدة حرة بائن ومنه ابو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا انه عادم لا طول خائف للعت فأيسح له نكاحها لقوله سبحانه (ومن لم يستطع متكم طولا وان

القرآن بفصل بينهم فدل على أن لفظة المشركين بأطلاقها غير متناهية لأهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقزادة ولأن ما احتجوا به عام في كل كفرة وأتينا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه إذا ثبت هذا فالأولى أن لا يتزوج كناية لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمره طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمره قال قد علمت أنها خمره ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها فقيل له ألا طلقتها حين أسرك عمر؟ قال كرهت أن يرى الناس أنني ركبت امرأة لا ينبغي لي ولأنه ربما مال إليها قلبه ففانته وربما كان بينهما ولد فيميل إليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم أهل التوراة والإنجيل قال الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الإنجيل النصارى ومن وافقهم في أصل دينهم من الأفرنج والارمن وغيرهم وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيرا فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد أنه قال بلغني أنهم يسبتون فهو لا إذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يراشقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعهم فهم ممن وافقهم وان خالفهم في أصل الدين فليس هم منهم والله أعلم وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل النمساك بصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا تحمل مباحثهم ولا ذماتهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيهم وجها آخر

ينكح المحصنات المؤمنات) الآية ولا يسلّم أنه لا يجوز في طلب نكاح الحرة بل يجوز إذا تحقق الشرطان (فصل) وان زنى بامرأة فليس له أن يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة حكم العدة من النكاح على ما نذكره ان شاء الله تعالى فان زنى بأخت امرأته فقال أحمد يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيضات وعنه حيضة ويحتمل أن لا تحرم بذلك اختها ولا اربع سواها لأنها ليست منكوحة وبجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك الميم فانه لا يمنع اربعاً سواها (فصل) إذا ادعى رجل أن امرأته اخبرته بانقضاء عدتها مدة يجوز انقضائها فيها وكذبته ابيح له نكاح اختها واربع سواها في الظاهر وأما في الباطن فيبني على صدقه في ذلك لانه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكنائها وتعين النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لانه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياساً للبعض على البعض وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذباً

ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقاه لا ضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان اعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع

أنهم من أهل الكتاب وتحمل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولأن تلك الكتب كانت موعظة وأمثالا لأحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام

(فصل) وليس للمجوس كتاب ولا تحمل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك لقول النبي ﷺ « سنوهم سنة أهل الكتاب » ولأنه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولأنهم يقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركات) وقوله (ولا تمسكوا بهن السكائر) فرخص من ذلك في أهل الكتاب فمن عدام يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتابا وسئل أحمد أيصح عن علي أن للمجوس كتابا ؟ فقال هذا باطل واستعظمه جدا ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله عليه السلام « سنوهم سنة أهل الكتاب » دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبي ﷺ في حقن دمائهم وإقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم فيجب أن يذهب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فأننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فغلب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ولم يثبت أن

بشبهه وكذلك لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينوتها وتحريمها عليه ولم يسقط مهرها إذا كذبته

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (النوع الثاني) محرمات لمعارض بزول فيحرم عليه نكاح زوجة غيره بغير خلاف لقول الله تعالى (ولا تمزوا عدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) وتحرم المستبرئة منه لذلك ولأن زواجها يفضي إلى اختلاط المياه واشتباؤه الأنساب وسواء في ذلك المقتدة من وطء مباح أو محرم أو من غير وطء لأنه لا يؤمن أن تكون حاملا فلو أبحنا زواجها لاختلط نسب المتزوج بنسب الواطيء الأول ولا يجوز نكاح المرتابة بعد العدة بالحمل لذلك

(مسألة) (وتحرم الزانية حتى تتوب وتغضي عداها)

إذا زنت المرأة لا يحل نكاحها لمن لم يعلم ذلك إلا بشرطين (أحدهما) انقضاء عداها بوضع الحمل من الزنا ولا يحل نكاحها قبل الوضوء وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وقال في الأخرى يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماء زرع غيره » يعني وطء الحامل وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع » حديث صحيح وهو عام وروى عن سعيد بن المسيب أن رجلا تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبل فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق

حذيفة تزوج مجوسية وضعف أحمد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية وقتل أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو اوثق ممن روي عنه أنه تزوج مجوسية وقتل ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداها إلا بترجيح على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء، وأما إقرارهم بالجزية فلا تناقضنا حكم التحريم لمآثمهم فيجب أن يغلب حكم التحريم في ذبائهم ونسائهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأجوار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائهم، وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لها، والمرتبة يحرم نكاحها على أي دين كانت لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت إليه في إقرارها عليه في حاملها أولى

(مسئلة) قال (وإذا كان أحد أبوي الكافرة كتابيا والآخر وثنيا لم ينكحها مسلم)

وجعلته أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي لم يحل نكاحها سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو متدأ، وبهذا قال الشافعي في ما إذا كان الأب غير كتابي لأن الولد ينسب إلى أبيه وبشرف بشرته وينسب إلى قبيلته، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان ولنا أنها غير مضمومة من أهل الكتاب فلم

وجعلها مائة رواه سعيد ورأي النبي ﷺ امرأة على باب فسقاط فقال لعله يريد أن يلزمها قالوا نعم قال «لقد عمت أن العنة لئلا تدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟ أم كيف يورثه وهو لا يحل له؟» أخرجه مسلم ولانها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم النكاح فيها لانها في الأصل لمعرفة براءة الرحم ولانها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا فلم يصح نكاحها كالوطء بشبهة وقال أبو حنيفة والشافعي لأعدة عليها لانه وطءه لا يصير به فراشا شبه وطء الصغير ولنا ما ذكرناه وإذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى ولان وطء الحامل لا يقضي إلى اشتباه النسب وغيرها يحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفرض إلى اشتباه الانساب فكان التحريم أولى ولانه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا يسلم وطء الصغير الذي يمكنه الوطء (والشرط الثاني) أن تتوب من الزنا وبه قال قتادة وإسحاق وأبو عبيد وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل وروي أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال يجوز أرايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز

ولنا قول الله عز وجل وحرم ذلك على المؤمنين وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا تاب زان

يجز للمسلم نكاحها كالمسلم أبوها وثنيًا ولأنها ولودة بين من محل وبين من لا محل فلم يحل كالسمع والبذل وبمحمل أن فعل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولأنها كناية تقرر على دينها فأشبهت من أبواها كنايةان والحكم فيمن أبواها غير كنايةين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيًا فلان محرم إذا كانا وثنيين أولى والاحتمال الذي ذكرناه ثم تتحقق ههنا اعتبار الحال نفسها دون أبويها

(مسئلة) قال (وإذا تزوج كناية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل

الكتاب اجبرت على الاسلام فان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (الاول) أن الكناية إذا انتقلت إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه لانعلم في هذا خلافاً فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الاوثان وغيرها مما يستحسنه فالأصلي منهم لا يقر على دينه فالمنتقل إليه أولى، وإن انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضاً لانه انتقل إلى أقص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد فاما ان انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يهمني أو النصراني يهود فيه روايتان (إحداهما) لا يقر أيضاً لانه انتقل إلى دين باطل قد أقر بطلانه فلم يقر عليه كالمترد (والثانية) يقر عليه نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الحنفي واختيار الحلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لانه لم يخرج عن دين أهل الكتاب فأشبهه

ذلك لقول النبي ﷺ الثائب من الذنب كمن لا ذنب له - وقوله التوبة تمحو الحوبة - وروى أن مرثد الغنوي دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها فلم يجيبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال له أنكح عناق؟ فلم يجبه فتزل قوله تعالى الزاني لا ينكح الزانية أو مشركة والزانية لا ينكحها الا زن أو مشرك فدماه رسول الله ﷺ قتلى عليه الآية وقال لا تنكحها ولا لها لو كانت مقيمة على الزنا لا يأمن ان تلحق به ولدًا من غيره وتفسد فراشه وأما حديث عمر فالظاهر انه استأبها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له بمحل النزاع اذا ثبت هذا فعدة الزانية كعدة المطلقة لانه استبراء لحزة اشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن أبي مرسى عن أحمد انها تستبرأ ببيضه لانه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبهه استبراء أم الولد اذا عنت وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروى عن ابن عمر انه قيل له كيف تعرف توبتها؟ قال يريد على ذلك فان طأوعته فلم تنب وان ابنت فقد ثابت فصار إجماعاً إلى قول ابن عمر اتباعه

قال شيخنا والصحيح الاول فإنه لا ينبغي لمسلم ان يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها فان طلبه منها انما يكون في خلوة ولا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف في مرادها على الزنا؟ ثم لا يأمن ان أجابته إلى ذلك ان يعود إلى المعصية فلا يحل التعريض لمثل هذا ولان التوبة من سائر الذنوب في حق سائر الناس بالنسبة إلى سائر الاحكام على غير هذا الوجه فكذلك هذا

المتنقل ولاشائي قولان كالروايتين فاما المومني اذا انتقل الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كاهل ذلك الدين وان انتقل الى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان سواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعدم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولعموم المعنى القوي ذكرناه فيهما جميعا

(الفصل الثاني) أن المتنقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الاسلام نص عليه احمد واختاره الحلال وصاحبه وهو أحد أقوال الشافعي لان غير الاسلام أديان باطلة قد أفر بطلانها فلم يقر عليها كارتد ، وعن أحمد أنه لا يقبل إلا الاسلام او الدين القوي كان عليه لان دينه الاول قد أقر رناه عليه مرة ولم ينتقل الى خير منه فنقره عليه ان رجع اليه ولانه متنقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فيقبل منه الرجوع اليه كارتد إذا رجع إلى الاسلام ، وعن احمد رواية ثالثة أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء . الاسلام او الرجوع إلى دينه الاول ، او دين يقر أهله عليه لعموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان انتقل الى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر فيه الروايتان (احدهما) لا يقبل منه إلا الاسلام ، والآخرة لا يقبل منه إلا الاسلام والدين القوي كان عليه (الفصل الثالث) في صفة إجباره على ترك ما انتقل اليه وفيه روايتان (احدهما) أنه يقتل ان لم يرجع رجلا كان او امرأة لم يرم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولانه ذمي نقض الهدف شبه ما لو نقضه بترك التزام القيمة وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين

(فصل) واذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقد روي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة انها لأجل الزاني بحال قالوا لا يزال زانين ما اجتماع لعموم الآية والخبر فيحتمل انهم ارادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا ، فاما تحريمها على الاطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانها محلة لغير الزاني فحلت له كغيرها

(فصل) فان زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم يفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم منهم عطاء والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله ان المرأة اذا زنت يفرق بينها وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وروي عن علي رضي الله عنه انه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل أن يدخل بها ، واحتج لهم بأنه لو قذفها ولا عنها بأت منه لتحقق الزنا عليها فدل على ان الزنا يبينها

ولنا ان دعوى الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح يفسخ به لانفسخ بمجرد دعواها كالمزاح ولاها

(أحدهما) يستأب لانه يسترجع عن دين باطل انتقل اليه فيستأب كالمتردد (والثاني) لا يستأب لانه كافر أصلي أبيع قتله فأشبهه الحربي ، فعلى هذا إن يادر وأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه ، نعم دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) عن أحمد قال إذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيها انتقل اليه فقتل له أنتقله ؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس قال وإن كان نصرانيا أو يهوديا فدخل في المجوسية كان أغلظ لانه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد اليها فقتل له تقتله إذا لم يرجع ؟ قال انه لاهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالغرب والحبس

(الفصل الرابع) ان امرأة المسلم الذمية اذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمتردة لان غير دين أهل الكتاب لا يحل نكاح ذمائم فنى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لان الفسخ من قبلها ، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين والاخرى ينفسخ في الحال أيضا

(مسألة) قال (وأمته الكتابية حلال له دون أمته المجوسية)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن أمته الكتابية حلال له وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه كرهه لان الامة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها للمجوسية

معصية لا تخرج عن الاسلام فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فان يقتضي الفسخ بدون الزني بدليل أنها اذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع ولكن احمد استحب للزوج مفارقة امرأته اذا زنت وقال لا أرى ان يمك مثله هذه لانه لا يؤمن ان تقسد فراشه وتالحق به ولداً ليس منه ، قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة انما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد ولا يطؤها حتى يستبرأ بثلاث حيض لما روى رويفع بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره » يعني ان يان الحبالى ولانها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه ، والاولى انه يكفي ان يستبرأ بمحيضة واحدة لأنها تكفي في استبراء الاماء وفي ام الولد اذا عتقت بموت سيدها أو باعتاقه فكفى ههنا ولان المقصود بمجرد الاستبراء وقد حصل بمحيضة فاكتفى بها

(فصل) اذا علم الرجل من امته الفجور فقال احمد لا يطؤها لعلها ان تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره ان أطأ أمتي وقد بنت ، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جني لغيره قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخس في وطء الامة الفاجرة وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء اذا لم يحصنها ويمنعها من الفجور ومن أباحه بعدهما فيكون القولان متفقين والله أعلم .

ولنا قول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فمنهم خير ملومين) ولانها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة ، فأما نكاحها فيحرم لان فيه ارقاق ولله وابقاءه مع كفرة بخلاف التسري

(الفصل الثاني) أن من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء منهن بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم مرة الممذاني والزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وابو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقها. الامصار وجهور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافا ولم يبلغنا اباحة ذلك الا عن طاوس ، ووجه قوله عموم قوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) والآية الاخرى . روى ابو سعيد أن رسول الله ﷺ بمث يوم حنين بشا قبل أو طاس فأصابوا منهم سبايا وكان ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ فخرجوا من غشيائهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) قال فمن لم حلل اذا انقضت عدتهن ، وعنه أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أو طاس « لا تؤمأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » رواها ابو داود وهو حديث صحيح وهم عبدة أو ثان وهذا ظاهر في اباحتهم ولان الصحابة في عهد النبي ﷺ

(مسألة) (ونحرم مطلقة ثلاثاً حتى تنكح زوجا غيره)

لقول الله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) بعد قوله (الطلاق مرتان) وسنذكر هذا في باب الرجعة بأبسط من هذا ان شاء الله تعالى

(مسألة) (ونحرم المحرمة حتى تحل) .

يحرم نكاح المحرمة ويحرم على المحرم أن يعقد النكاح في حال احرامه فان عقد أحد نكاحا لمحرم أو على محرمة أو عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره لم يصح لقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح » رواه مسلم وعنه ان عقد المحرم النكاح لغيره صحيح لانه حرم عليه لكونه من ذوا عمي الوطء ولا يحصل ذلك بكونه وليا والاوّل أولى لمعوم الخبر وقد ذكرنا هذه المسئلة في الحج وذكرنا الاختلاف فيها

(مسألة) (ولا يحل لمسلمة نكاح كافر بعال) لقول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا)

ولقوله سبحانه (لاهن حل لهم) ولا نعلم خلافا في ذلك

(مسألة) (ولا يحل لمسلم نكاح كافرة بعال الا حرائر أهل الكتاب)

ليس بين أهل العلم بمحمد الله اختلاف في حل نساء أهل الكتاب للمسلم وعن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم قال ابن المنذر لا يصح عن احد من الاوائل أنه حرم ذلك ، وروى الحلال بإسناده ان حذيفة وطلحة والجبارود بن المعلى واذينة المهدي تزوجوا نساء

كان أكثر شبابهم من كفار العرب وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحريم ذلك ولا قتل عن النبي ﷺ تحريم ولا أمر الصحابة باجتنابهم. وقد دفع ابو بكر إلى سلة بن الاكوع امرأة من بعض السبي نفلاً إياه ، وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وغيرهما من الصحابة والحنفية أم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبالغوا أنهم اجتنبوهم وهذا ظاهر في الاجتناب لولا اتفاق أهل العلم على خلافه وقد أجبت عن حديث أبي سعيد باجوبة منها انه يمتثل أنهم أسلمن كذلك. روي عن أحمد أنه سأله محمد بن الحكم قال: قلت لابي عبد الله هوازن أليس كانوا عبدة أوثان؟ قال لأدري كانوا أسلموا أو لا وقال ابن عبد البر اباحة ومطهر من منسوخة بقوله تعالى (ولا تتكفروا بالمشركين حتى يؤمنوا)

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية)

لان الله تعالى قال (من قياتكم المؤمنات) هذا ظاهر مذهب أحمد رواه عنه جماعة وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق . وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد ، وقال ابو ميسرة وابو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحمل بملك اليمين فقلت بالنكاح كالمسلمة .

من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم ولم ينقل تحريمه الا عن الامامية تمسكاً بقوله تعالى (ولا تتكفروا بالمشركين) ولا تمسكوا بهم الكوافر

ولنا قول الله تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات - إلى قوله - والمحصات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتهم واهل اجورهم) وإجماع الصحابة . فأما قوله سبحانه (ولا تتكفروا بالمشركين) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي ان يكون ذلك في الآية الاخرى لانها متقدمتان والآية التي في المائدة متأخرة عنها ، وقال آخرون ليس هذا نسخاً فان لفظة المشركين باطلاؤها لا تتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من أهل الكتاب) وقال (لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا للمشركين) وسائر آي القرآن تفصل بينهما فدل على ان لفظة المشركين باطلاؤها لا تتناول أهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقادة ولان ما احتجوا به عام في كل كافر وماينا خاص في حل نساء أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه. اذا ثبت هذا فالاولى أن لا يتزوج كتابية لان عمر قال للذين تزوجوا نساء أهل الكتاب طلقوهن ففعلوا الاحذية فقال له عمر طلقها قال أنشهد أنها حرام؟ قال هي حرة طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي حرة قال قد علمت أنها حرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها. فقبل له

ونقل ذلك عن أحمد قال لا بأس بتزويجها الا أن الحلال رد هذه الرواية وقال إنما توقف أحمد فيها ولم ينفذ له قول ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات) بشرط في إباحة نكاحهن الإيمان ولم يوجد، وتعارض المسئلة لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولها لأن الكافر لا يقر ملكه على مسئلة والكافرة تكون ملكا للكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ولأنه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والمالك فإذا اجتمعنا معا كالجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يحج نكاحها، ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه حرم على العبد كالجوسية

مسئلة (ولا حر مسلم أن يتزوج أمة مسئلة الا أن لا يجحد طولاً لحره مسئلة ويخاف العنت)

الكلام في هذه المسئلة في شيئين (أحدهما) أنه يحل له نكاح الامة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت، وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم اختلافاً فيه، والأصل فيه قول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولاً) الآية، والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم) [والثاني] إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر، روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمر بن دينار ومكحول ومالك والشافعي وأسماعيل

الا طلقها حين أمرك عمر قال كرهت ان يرى الناس اني ركبت امرأ لا يبنيني لي، ولأنه ربما مال اليها قلبه ففتنته وربما كان بينها ولد فيميل اليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (ان تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فإن أهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم من الارمن وغيرهم، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثير أ فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد قال بلغني أنهم يستنون هؤلاء إذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون اليهود أو النصارى في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم عن وافقهم وان خالفهم في أصل الدين فليس هم منهم، فأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف ابراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب لا تحل منا كحتم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجها آخر أنهم من أهل الكتاب تحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالحزبية لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فاشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ان تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولأن تلك الكتب كانت مواظ

وامتلا فيها أحكام فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام

(فصل) فأما المجوس فليس لهم كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول

وقال مجاهد مما وسم الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسراً وبه قال أبو حنيفة الا ان يكون تحت حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الاخت والخامسة وتقل قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت فلا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبهه عادم الطول

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات - الى قوله - ذلك ان خشي العنت منكم) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول فلم يميز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الاعتاق ولان في تزويج الامة إرقاق ولده مع الفتي عنه فلم يميز كما لو كان تحت حرة ، وقباسهم ليس بصحيح فان نكاح الخامسة والاخت انما حرم لاجل الجلم وبالقدره على الجلم لا يصير جامعاً والعلة ههنا هو الفتي عن إرقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة ، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فان كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه فله نكاح الامة لانه عاجز عن حرة تامة ، وان كانت الحرة في حبالة غيره فله نكاح أمة نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول ولنا انه غير مستطعم الطول الى حرة تمنه فأشبهه من لا يجد شيئاً ، ألا ترى ان الله سبحانه جعل ابن

عامة العلماء الا أبا ثور فانه أباح ذلك لقول النبي ﷺ «سنوهم سنة أهل الكتاب» ولانه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولانهم يقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى ولنا قول الله تعالى (ولا تتكحوا المشركات) وقوله (ولا تنكحوا بمصم الكوافر) فخص ذلك أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتاباً وسئل أحمد أيصح أن للمجوس كتاباً فقال هذا باطل واستعظمه جدا ولو ثبت أن لهم كتاباً فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت بغير أهل الكتابين، وقوله عليه الصلاة والسلام «سنوهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنه كتاب لهم ولأننا أراد النبي ﷺ في حق دماهم وقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دماهم فيجب أن يشاب حكم التحريم لنسائهم وذبايحهم فانا اذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغليب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو أوثق من روى عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ولو ثبت عن حذيفة لم يميز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء ، وأما اقرارهم بالجزية فلا تافأ غلبنا حكم التحريم لدماهم فيجب ان تغلب حكم التحريم في ذبايحهم ونسائهم .

السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لعدم قدرته عليه في الحال ، فان كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

(فصل) وان قدر على تزوج كتابية عنه لم يحل له نكاح الامة وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر وجهاً آخر انه يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطیع لذلك

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له ولانه قدر على صيانة ولده عن الرق فلم يجوز له إرفاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعب بها لم يجوز له نكاح أمة لانعلم في هذا خلافاً ولا فرق بين الكتابية والمسلمة في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) فان لم يجد طولا ، لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضرراً في بناء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبة به في الحال وكذلك ان رضى الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بعضها لان لها مطالبة بعوضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله في ذلك كله نكاح الامة ، وان لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكلن قادراً عليه ولا يجهف به لم يكن له نكاح الامة وقال أصحاب الشافعي له ذلك كلوا لم يجد الماء إلا بزيادة

❦ مسألة ❦ (فان كان أحد أبوها غير كتابي أو كانت من نساء بني تغلب فهل تحل له ؟ على روايتين)

إذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً والآخر غير كتابي لم يحل نكاحها في إحدى الروايتين اختارها الحنفي سواء كان وثنياً أو مجوسياً أو مرتدّاً ، وبهذا قال الشافعي فيما إذا كان الأب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب إلى قبياته وان كانت الام فله فيه قولان

ولنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب أشبه ما لو كان أبوها وثنياً ولأنها متولدة بين من يحل ومن لا يحل فلم يحل كالسمع والبطل وفيه رواية ثانية أنها تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولأنها كتابية فأشبهت من أبوها كتابيان وعلى هذا قال الحكم فيمن أبوها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبوها غير كتابي لأنها اذا حرمت بكون أحد أبوها وثنياً فلا تحرم إذا كانا وثنيين أولى وعلى الرواية التي تقول لا تحرم فهو متحقق وان كان أبوها وثنيين اعتباراً بحال نفسها دون أبوها

(فصل) فان كانت من نساء بني تغلب ففيها أيضاً روايتان (أحدهما) تحل وهي أصح لدخولها في قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وهم اليهود والنصارى) والثانية تحرم لساها بني تغلب لاننا لانعلم دخولهم في دينهم قبل تبديل كتابهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما اعتنص من الاصنام والاحجار والشجر

عن ثمن المثل فله التيمم . ولنا قول الله تعالى [فمن لم يستطع منكم طولا] وهذا مستطعم ولأنه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له إرفاق ولده كما لو كان بهر مثاها ولا نسلم ما ذكره في التيمم ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرية لا ضرورة (والثاني) أن التيمم يتكرر فإيجاب شره أذا بزيادة على المثل يفضي إلى الإجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه (فصل) وإن كان في يده مال فذكر أنه معسر وإن المال لغيره فالقول قوله لأنه حكم بينه وبين الله تعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الأمة ثم أقر أنه كان مومرا أحال النكاح فرق بينهما لأنه أقر بفساد نكاحه ، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد فلا مهر وإن كذبه فله نصف المسمى لأنه يدعي صحة النكاح والاصل معه ، وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه إلا أن يكون مهر المثل أكثر فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لإفراجه به فإن كُن المسمى أكثر وجب والسيد أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل أعلى روايتين

(مسألة) قال (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر لم ينفسخ النكاح)

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي ، وفي المذهب وجه آخر أنه يفسد النكاح وهو قول المزني

والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما ، والمرتبة يحرم نكاحها على أي دين كانت لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي اتفقت إليه بإقرارها عليه ففي حلها أولى

(مسألة) (وليس للمسلم أن كان عبدا نكاح أمة كناية عنه يجوز)

ظاهر مذهب أحمد أن ذلك لا يجوز رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن والزهرى ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق ، يروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد وقال أبو مبسرة وأبو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة ونقل ذلك عن أحمد قال لا بأس بزويها إلا أن الحلال رد هذه الرواية وقول إنما توقف أحمد فيها ولم ينفذ له قول ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت إيمانكم من فتياتكم المؤمنات) فنسب في إباحة نكاحهن الإيمان ولم يوجد ، وتغارق المسلمة لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ولأنه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فإذا اجتمعا معا كالجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها ، ولا فرق بين الحر والبدن في تحريم نكاحها للنبوه ما ذكرنا

لانه انما أبيع للحاجة فاذا زالت الحاجة لم يجوز له استدامته كمن أبيع له أكل الميتة للضرورة فاذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الامة فلم تعتبر استدامته كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة فان أكلها بعد القدرة ابتداء الاكل وهذا لا يبتدي النكاح انما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنع ابتداءه دون استدامته

(فصل) وإن تزوج على الامة حرة صح وفي بطلان نكاح الامة روايتان (أحدهما) لا يطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي، وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه (والرواية الثانية) يفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق وإسحاق والمزني، ووجه الروايتين ما تقدم في المسئلة، وقال الذهبي إن كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لان ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد أبطنه في ذات الولد كإثر مطلقانه ولأن ولده منها مملوك لسيدها ونزقته عليه وقد استدلل على بقاء النكاح بما روي عن علي أنه قال : اذا تزوج الحرة على الامة قسم للحرة ابنتين والامة ابنة فانه لو بطل نكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه فان القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

من الدليل ولأن ما حرم على الحر ذبحه من أجل دينه حرم على العبد كالمجوسية ﴿مسئلة﴾ (ولا يحل لحر نكاح امة مسلمة الا ان يخاف العنت ولا يجرد طولاً لنكاح حرة ولا نكاح أمة) الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) انه يحل له نكاح الامة المسلمة اذا وجد فيه الشرطان : خوف العنت وعدم الطول وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم فيه اختلافا نقول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية والصبر عنهما ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم)

(الفصل الثاني) اذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال مجاهد بما وسع الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسراً وبه قال أبو حنيفة الا أن يكون تحت حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع من النكاح كما يمنع وجود النكاح كنكاح الاخت والحامسة ، وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت ولا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبهه عدم الطول

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيماكم من فتيانكم المؤمنات — الى قوله — ذلك لمن خشي العنت) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول (الجزء السابع) (٦٥) (الغني والشرح الكبير)

(مسئلة) قال (وله أن ينكح من الاماء أربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين)

اختلفت الرواية عن احمد في اباحة أكثر من أمة اذا لم تمنعه فعنه انه قال اذا خشي العنت تزوج لربها اذا لم يصبر كيف يصنع وهذا قول الزهري والحارث العكلي ومالك وأصحاب الرأي (والرواية الثانية) قال: أحد لا يجزئ أن يتزوج إلا أمة واحدة يذهب إلى حديث ابن عباس وهو ما روي عن ابن عباس أن الحر لا يتزوج من الاماء إلا واحدة وقرأ ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت وجه الأولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولأنه عادم للطول خائف للعنت فجاز له نكاح أمة كالأولى، وقولهم لا يخشى العنت فلما الكلام فيمن يخشاه ولا يبيعه إلا الله، وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت فكذلك الرواية الأخرى عن أحمد، وإن تزوج حرة فلم تمنعه فذكر فيها أبو الخطاب روايتين مثل نكاح الأمة في حق من تحت أمة لم تمنعه لما ذكرناه، وإن كانت الحرة تمنعه فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة، وإن نكح أمة تمنعه لم يكن له أن ينكح أخرى فإن نكحها فنكاحها باطل لأنه يبطل في أحدهما وليست أحدهما باولى من الأخرى فبطل كما لو جمع بين أختين

(فصل) ولعبد أن ينكح الأمة وأن فقد فيه الشرطان لأنه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة، وله نكاح أمتين معا وواحدة بعد واحدة لأن خشية العنت غير مشروطة فيه،

فلم يجوز منع الاستطاعة لقوات شرطه وكالصوم في كفارة الظهار مع استطاعة الاعتاق، ولأن في تزويج الأمة ارقاق ولده مع الفتي عنه فلم يجوز كما لو كان تحت حرة، وقياسهم لا يصح لأن نكاح الخامسة والاخت إنما حرم لأجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعا، والملة ههنا هو الفتي عن ارقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يزوج لقصور نسبه فله نكاح الأمة نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول

ولنا أنه غير مستطیع للطول إلى حرة تمنعه فأشبهه من لا يجد شيئا ألا ترى أن الله سبحانه نزل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيرا لعدم قدرته عليه في الحال وإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والنفقة بها فليس بخائف العنت

(فصل) فإن قدر على شراء أمة تمنعه فهو كما لو وجد طول الحرة لا يحل له نكاح الأمة لأنه أمكنه صيانة ولده عن الرق فأشبهه القادر على طول الحرة وكذلك إن قدر على تزويج كناية تمنعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وذكرنا وجه آخر أنه لا يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطیع لذلك

وان تزوج حرة وقتنا ليست الحرة شرطاً في نكاح الحرة فما أزيكح أمة ؟ فيه روايتان (أحدهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لانهم ساءوا به فلم يشترط لصحة نكاحها عدم المهر كالحرة مع الحرة ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كفي حق الحرة (والثانية) لا يجوز وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لانه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة ، ولانه مالك يضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالمهر وان عقد النكاح عليها بجميع ما صح فيها لان كل واحدة يجوزز افرادها بالعقد فجاز بالجعم بينهما كالأمةين

(فصل) وإذا زنت المرأة لم يحل لمزها ذلك نكاحها الا بشرطين [أحدهما] انقضاء عدتها فان حملت من الزنا نقضاء عدتها بوضعه ولا يحل نكاحها قبل وضعه وبهذا قال مالك وأبي يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وفي الأخرى قل يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لانه لو لم يباحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل

ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يمتري ماءه زرع غيره » يعني وطء الحوامل ، وقول النبي ﷺ « لا تؤمأ حامل حتى تضع » صحيح وهو عام وروى عن سعيد بن المسيب أن رجلاً تزوج امرأة فلما أصابها وجدها جلي فرفم ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق وجدها مائة روه سعيد ، ورأى النبي ﷺ امرأة عجوزاً^(١) على باب نسطاطة فقال « لها يريد

(١) بحيم ثم حاء

مهملة هي الحامل

قريبة الولادة

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له لانه قدر على صيانة ولده من الرق فلم يجوز له ارقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحت حرة يمكن أن يستنف بها لم يجوز له نكاح أمة لا نعم في هذا خلافاً ولا فرق بين المسلمة والسكنانية في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) ومن لم يجد طولاً لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته بقرضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم يلزمه لما عليه من ضرر المنة في نكاح الأمة ، فان لم يجد من يزوجه الا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الأمة ، وقال أصحاب الشافعي له ذلك كما لو لم يجد الماء الا بزيادة على ثمن المثل فله التيمم .

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولاً) وهذا مستطيم ولانه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجوز له ارقاق ولده كما لو كان بمهر مثلاً ، وما ذكره عنوع ثم ان هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أيسر للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة (الثاني) أن التيمم يتكرر فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفتي الى اجفاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه (فصل) فان كان في يده مال فذكر أنه معسر وان المال لغيره قال قول قوله لانه حكم بينه وبين

أن يلم بها ، قالوا نعم قال « أقدمت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له أم كيف يرثه وهو لا يحل له » أخرجه مسلم ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها في الاصل لمعرفة راحة الرحم ولأنها قبل العدة بمحتمل أن تكون حاملا فيكون نكاحها باطلا فلم يصح كالوطوء بشبهة ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا عدة عليها لأنه وطء لا نصير به المرأة فراشا فأشبهه وطء الصنوبر

ولنا ما ذكرناه لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى لأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب ، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي إلى اشتباه الانساب فكان بالنكاح أولى ، ولأنه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولأن وطء الصنوبر الذي يمكن منه الوطء (والشرط الثاني) أن تترب من الزنا قاله قتادة وإمام حاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلا وابراة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل ، وروي أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : يجوز أرايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟

ولنا قول الله تعالى (الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك - إلى قوله - وحرم ذلك على المؤمنين) وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا ثبت زال ذلك بقول النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لا ذنب »

الله سبحانه وتعالى تقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة الفتنة ، ومتى تزوج الامة ثم ذكر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما لأنه أقر بفساد نكاحه وهكذا ان أقر أنه لم يكن يخشى الفتنة فإن كان قبل الدخول فصدقه السيد فلا مهر وان كذبه فله نصف المهر لأنه يدعي صحة النكاح والاصل معه وان كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ، فان كان مهر المثل أكثر من المسمى فعلى قول من أوجب المهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر لاقراره به وان كان المسمى أكثر وجب وللهيد أن لا يصدقه ، فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين

﴿مسئلة﴾ (فان تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الامة ؟ على روايتين) أما إذا أيسر فظاهر المذهب أنه لا يفسخ نكاح الامة وهو الذي ذكره الحنفي وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أنه يفسد نكاح الامة وهو قول المذنب لأنه أيسر للحاجة فان زالت الحاجة لم يحز استدামته كمن أيسر له أكل الميتة للضرورة فإذا وجد الحلال لم يستدمه

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي اباحة نكاح الامة فلم يعتبر استدামته لخوف الفتنة ، وينارق أكل الميتة فان أكلها بعد القدرة ابتداء الاكل وهذا لا يتنديء بشكاح إنما يستدعي والاستدامة للنكاح تحالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وامن الفتنة يمنع ابتداءه دون استدামته

(فصل) فان تزوج على الامة حرة صح وفي بطلان نكاح الامة روايتان

له « وقوله « التوبة تمحو الحربة » وروى أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاعرة يقال لها عنان فدعته الى نفسها فلم يجبه فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال أنكح عنانا؟ فلم يجبه فأُنزل الله تعالى (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة) ولزنية لا ينكحها الا زان أو مشرك (فدعاء رسول الله ﷺ فلا عليه الآية وقال « لا تنكحها » ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأن أن تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه ، فلما حديث عمر قال ظاهر أنه استنبأها وحدث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لمحل النزاع ، إذا ثبت هذا فإن عدة الزانية كمدة الطالبة لأنه استبراء للحرمة فأشبهه عدة الموطوءة بشبهة وحكي ابن أبي موسى أنها تستبرأ بحيضه لأنه ليس من نكاح ولا شبهة بنكاح بأشبهه استبراء أم الولد إذا عنت . وإما التوبة فهي لاستغفار والتندم ولا فلاح عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروى عن ابن عمر أنه قيل له كيف تعرف توبتها؟ قال يرد لها على ذلك فإن ضاوعته لم تسب وإن أبت فقد تابت فصار أحمد الى قول ابن عمر تناعا له ، والمصحح الاول فإنه لا يذنب لمسلم أن يدعى امرأة إلى الزنا ويطلبه منها ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خوة لا لمحل الخوة بأجنبية ولو كان في تعاليمها القرآن فكيف يحل في مرادها على الزنا؟ ثم لا يأن أن اجابته الى ذلك أن تعود الى المعصية فلا يحل التعرض لمثل هذا ولأن التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالذنب الى سائر الاحكام على غير هذا الوجه، فلهذا يكون هذا .

(احداها) لا ييطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء وتشافعي وأصحاب الرأي وروى معنى ذلك عن علي رضي الله عنه .

(والثانية) ينفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق واسحاق والمزني ، ووجه الروايتين ما تقدم في المسئلة قبلها وقال النخعي ان كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارتقا ولا يصح لان ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد ابطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ولأن ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه ، وقد استدلل على بقاء النكاح بما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال اذا تزوج الحرمة على الامة قسم للحرمة ليلتين والامة ليلة ولأنه لو بطل بنكاح الحرمة لبطل بالقدرة عليه فان القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

﴿مسئلة﴾ (وان تزوج حرمة وأمة فلم تغفره ولم يجد طولا لحرمة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى ؟ على روايين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في إجابة أكثر من أمة اذا لم تغفره أنه قال اذا خشي العنت تزوج أربعا إذا لم يصبر كيف يصنع؟ وهذا قول الزهري والحارث اعكلي ومالك وأصحاب الرأي وعنه أنه قال لا يجزئني ان يتزوج الامة واحدة يذهب الى حديث ابن عباس قال الحر لا يتزوج من الامة الا واحدة وقرأ (ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المذركاني من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخاف

(فضل) وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري وأشوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وروى عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالان زانين ما اجتماعا لعموم الآية والخبر ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبائهما فيكون كقولنا، فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) ولأنها محالة لغير الزاني فحلت له نكاحها

(فصل) وإن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت ينفق بينها وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بأنه لو قد زنى راعها بانت منه لتحريمه الزنا عليها فدل على أن الزنا يبيدها

ولنا أن دعواه الزنا عليها لا يبيدها ولو كان النكاح يفسخ به لا يفسخ بمجرد دعواه كإرضاع ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام فأشبهت السرقة فأما إلهان فإنه يقتضي الفسخ بدون لزنا بدليل أنها إذا لعنته فقد قابله فلم يثبت زناها وذلك أوجب النبي ﷺ أخذ على من قذفه الفسخ واقع

العنت، ووجه الأولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولا نه عدم الطول خائف للعنت فجاز له نكاح أمة كالأولى، وقولهم لا يبخش العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه وقول ابن عباس يحمل على من لم يبخش العنت وكذلك الرواية الأخرى عن أحمد، فإن كان تحته حرة لم تنفقه فيها الروايتان أيضاً مثل نكاح الأمة ذكرهما أبو الخطاب إذا لم تنفقه الأمة لما ذكرنا، فإن كانت الحرة تنفقه فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة الأخرى، فإن نكح أميتين في عقد وهو يستغفب واحدة فنكاحها باطل لأنه يبطل في أحدهما وليست بأولى من الأخرى فبطل كما لو جمع بين أختين

﴿مسئلة﴾ (قال الحارثي وله أن يتزوج من الإماء أربما إذا كان الشرطان فيه قائمين) لما ذكرنا
 ﴿مسئلة﴾ (وللعبد نكاح الأمة وإن فقد فيه الشرطان) لأنه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة وله نكاح أميتين معا واحدة بعد واحدة لأن خشية العنت غير مشروطة فيه
 ﴿مسئلة﴾ (وهل له أن ينكحها على حرة علي روايتين؟)

(أحدهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرة كالحر مع الحرة ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحر (والثانية) لا يجوز وهو قول أصحاب الرأي لأنه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة ولأنه مالك لبضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر

ولكن أحد استعجب الرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال لا أرى أن يمك مثل هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه ، قال ابن المنذر اهل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحد هذا ، قال أحد ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حبض وذلك لما روى دويغ بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين « لا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر بسقي ماء زرع غيره » يعني اتيان الحبالى ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه والاولى أنه يكتفي استبرأؤها بالحبيضة الواحدة لأنها تكفي في استبراء الاماء وفي أم الولد إذا اعتقت بمرت سيدها أو باعتق سيدها فيكتفي ههنا ولا يصح ههنا مجرد الاستبراء وقد حصل بحبيضة فيكتفي بها (فصل) وإذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحد لا يطؤها لعلمها تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره أن أطأ أمتي وقد بنت دروي مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين غيره ، قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخس في وطء الامة الفاجرة وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو إذا لم يحصنها أو بمنهـا من الفجور ومن أباحه بعدهما فيكون القولان متفقين والله أعلم .

(مسئلة) (وان جمع بينهما في العقد جاز)

لان كل واحدة منهما يجوز افرادها في العقد فجاز الجمر بينهما كالأمتين هذا اذا قلنا ليست حرية الزوج شرطاً في نكاح الحرة ، ويخرج ان لا يجوز بناء على قوله لا يجوز نكاح الامة على حرة ولأنه لا يجوز نكاح الامة على الحرة فحرم عليه الجمع بينهما كالأختين

(مسئلة) (وليس للعبد نكاح سيده)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبداً باطل لان أحكام الملك والنكاح تتناقض اذ ملكها إياه يقتضي وجوب نفقته عليها وسفره بسفرها وطاعته إياها ، ونكاحه إياها يوجب عكس ذلك فيتناقضان ولما روى الاثرم بإسناده عن أبي الزبير عن جابر انه سأله عن العبد يشكح سيده فقال جاءت امرأة الى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبداً فانتهرها عمر وهم ان يرجعها وقال لا يحل لك

(مسئلة) (وليس للحر أن يتزوج أمته)

لان ملك الرقة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضف منه ولا يجوز ان يتزوج امة له فيها ملك ولا يتزوج مكانته لأنها مملوكة

(مسئلة) (ولا يجوز للحر أن يتزوج امة ابنه لان له فيها شبهة ملك)

وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تنق باعقائه إياها

(مسئلة) قال (ومن خطب امرأة فلم تسكن اليه فلغيره خطبتها)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل المرأة لينكحها والخطبة بالضم هي حد الله والشهد ولا يخلو حال الخطوبة من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن تسكن الى الخاطب لما فتجيبه أو تأذن لوليها في اجابته أو تزويجه فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه . وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » متفق عليهما ، ولأن في ذلك إفساداً على الخاطب الأول وإيقاع العداوة بين الناس ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ولا نكح في هذا خلافاً بين أهل العلم إلا أن قوماً حملوا النهي على الكراهة والظاهر أولى .

(القسم الثاني) أن ترده أو لا تتركه اليه فهذه يجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ « أما معاوية ففعلوك لاملأه وأما أبو جهم فلا يضم عصاه عن عاتقه أنكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها بإياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ، ولأن نكح خطبتها على هذا الوجه أضرار بها فإنه لا يشاء أحد أن

ولنا قول النبي ﷺ « انت ومالك لا ييك » ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحها لما فاهي مضافة بجمعتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أمة سيده أو سيده مع ما ذكرنا من الخلاف (فصل) ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه لأن الرق قطع ولايته عن ابنه وماله وهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه

(فصل) وللأبن نكاح أمة أبيه لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فاشبه الأجنبي وكذلك سائر القربات ويجوز للرجل أن يزوج ابنته لمملوكه ، وإذا مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك إن ملكه أو جزءاً منه بغير الارث لا نكح فيه خلافاً إلا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته لعتق فاعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لأيهما متافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيراً بمجرد الملك لما انفسخ نكاحها سابقاً على عتقها

(فصل) وإن اشترى الحر زوجته أو جزءاً منها ملكه بغير الشراء انفسخ نكاحها وكذلك إن ملكت المرأة زوجها أو جزءاً منه ولا نكح في ذلك اختلافاً لما ذكرناه ، وإن اشترى ابنه فعلي وجبين (أحدهما) ينفسخ النكاح لأن ملك الابن كملكه في إسقاط الحدود وحرمة الاستيلاء فكان كملكه في إبطال النكاح (والثاني) لا يبطل لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل نكاحه كالأجنبي

(فصل) وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك طلاقاً فتى اعتقه ثم

بمن المرأة النكاح إلا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا نفوتيني بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لأن في قصة فاطمة أن النبي ﷺ قال لها « لا نفوتينا بنفسك » ولم ينكر خطبة أبي جهن ومعاوية لها

وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ديان أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر إن جرير بن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش ، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم ، وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة السر فقالت أجد أمير المؤمنين ، فقال نعم ؟ فقالت فقد أنكحت أمير المؤمنين فأبكره فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الأول

(القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والاكتمال تعريضاً لا تعريضاً كقولها ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة فهذه في حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الحارثي وظاهر كلام أحمد فإنه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة والتعريض أخرى . وقول القاضي ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما واستدل القاضي بخطبته لما قبل سؤاها هل وجد منها ما دل على الرضى أولا ؟

تزوجها لم تحسب بتطليقة وهذا قال الحكم وحامد ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب وقال الحسن والزهرى وقادة والأوزاعي تحسب هي بتطليقة ولا يصح لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وإنما نسخ النكاح بوجود ما ينافيه فأشبهه انقساخه بإسلام أحدهما

(فصل) ولو ملك الرجل بعض زوجته انقسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فيحل له وطؤها بملك اليمين وروي عن قتادة أنه لم يزده ملكه فيها الأقربا وليس بصحيح لأن النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيها لا بملك ولا نكاح فيه **مسئلة** (ومن جمع بين محالة ومحرمة في عقد واحد فهل يصح فيمن نحل ؟ على روايتين)

وإذا عقد النكاح على اخته وأجنبية معا بان يكون لهما أخت وابنة عم أحدهما رضية للزوج فيقول له زوجتكم فيقبل ذلك فالمنصوص صحة نكاح الأجنبية فيما ذكره الحارثي ونص فيمن تزوج حرة وأمة أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة وذكر شيخنا في روايتين أحدهما يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختاره أبو بكر لأنه عقد واحد جمع حلالة وحراما فلم يصح كما لو جمع بين اختين والثانية يصح في الحرة وهو أظهر الروايتين وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل

ولنا محرم قوله عليه السلام « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به ومكونها إليه فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك وأما حديث فاطمة والاحجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تترك إلى واحد منهما من وجهين

(أحدهما) أن النبي ﷺ قد كان قال لما د لانسبقي بنفسك - في انظ - لافوتيني بنفسك - وفي رواية - اذا حلت فأذني ، فلم تكن لفتات بالاجابة قبل أن تؤذن رسول الله ﷺ و (الثاني) أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالاستشارة فيه أو في العدول عنهما لغيرهما وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أنها إنما ذكرت ذلك للنبي ﷺ ترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركها لما ذكرنا من عيبها فجرى ذلك مجرى ردّها لها وتصريحها بهما ، ومن وجه آخر أن النبي ﷺ قد سبقهما بخطبتهما تعريضا بقوله لهما ما ذكرنا فكانت خطبته بهما مبنية على الخطبة السابقة لهما بخلاف ما نحن فيه .

(نصل) والتعويل في الرد والاجابة على الولي إن كانت مجبرة وعليها ان لم تكن مجبرة لاسها أحق بنفسها من وليها ولو أوجب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها ، وإن إيجاب وإياها فرضيت فهو كاجابتها وإن سقطت فلا حكم لاجابته لأن الحق لها ، ولو أوجب الولي في حق المجبرة فكرهت المحاب واختارت غيره سقط حكم اجابة وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وإن كرهته ولم تجز سواء

للكساح وأضيف إليها عقد صادر من أهله لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كالأفرادت به وفارق العقد على الاختين لانه لامزية لاحداهما على الأخرى وهاهنا قد تنبئت التي بطل النكاح فيها فبلي هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر ان لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين اذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتي ذكرهما انشاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج يهودية ومجوسية أو علة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الأخرى وجهان وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الأمة وفي الحرائر وجهان وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لأن الجمع بينهما محرم فلا يصح فيهما كالاختين

﴿مسئلة﴾ (وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليين الا إماء أهل الكتاب)

السلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه لأن الأمة الكناية يحرم نكاحها فحرم التسري بها للمجوسية ولنا قول الله تعالى (الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم غير ملومين) ولأنها عن يمل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالأمة فأما نكاحها فيحرم لانه فيه ارقاق ولده وابقاؤه مع كافرة بخلاف

فيبغي أن يسقط حكم الاجابة أيضا لانه قد أمر باستشمارها فلا ينبغي له أن يكرها على مالا رضاه ، وإن أجابته ثم رجعت عن الاجابة وسخطت زال حكم الاجابة لازما الرجوع ، وكذلك اذا رجع الولي المجبر عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في امر موليته ما لم يقع العقد ، وإن لم يرجع هي ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث بن عمر عن النبي ﷺ انه نهى ان يخاطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك . رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرومة . قال احمد لا يحل لاحد ان يخاطب في هذه الحال ، وقال ابو جعفر المكبري هي مكرومة غير محرومة وهذا نهى تأديب لانه يحرم ولنا ظاهر النهي فان مقتضاء التحريم ولانه نهى عن الاضرار بالأدي المعصوم فكان على التحريم كالمعصية عن كل ماله وسفك دمه فان فعل فتكاح صحيح نص عليه احمد فقال لا يفرق بينهما وهو مذهب الشافعي ، وروي عن مالك ودارد انه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه ووجهه أنه نكاح منهي عنه فكان باطلا كنكاح الشغار ولنا أن المحرم لم يفارق العقد فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لما في ذلك لان اسق لها وهو نائب عنها في النظر لما فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين

التسري (الفصل الثاني) ان من حرم نكاح حرأرم من الجوسيات وسائر الكوافر سنوى أهل أهل الكتاب لا يباح وطه الاماء منهم تلك العين في قول أكثر أهل العلم منهم الزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقهاء الامصار وجهه ور العلماء وما خالفه فشدوذ لا بعد خلافا ولم يلفنا بإباحة ذلك الا عن طائوس لقوله تعالى (والحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وقوله (والذين هم لغروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) الآية وروى أبو سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر بمثاقيل أو طاس فأصابواهم سبايا فكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرجون من غشيانهم من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) قال فمن لهم حلال إذا انقضت عدتهن وعنه ان رسول الله ﷺ قال في سبايا أو طاس « لا نوطأ حامل حتى تضع ولا ذات حليل حتى تحيض حيضة » رواها أبو داود وهذا صحيح وم عبدة الاوثان وهذا ظاهر في إباحتهن ولان الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب يوم عبدة الاوثان فلم يكونوا يرون تحريم ذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريم ولا أمر الصحابة بإجتنابهم وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي فله إياها وأخذ مهر وابنه من سبي هوازن وكذلك غيرها من الصحابة وأم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وأخذ الصحابة سبايا فارس وم

له المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرّمت الخاطبة لانه عقد عمري يدوم الضرر فيه وكان لها الاحتياط بنفسها والنظر في حفاظها وان رجعا عن ذلك لغير غرض كره له فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لان الحق بعد لم يلزمها كمن سام سلة ثم بداله الا يبيعها

(فصل) فان كان الخاطب الاول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه احمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يسارم على سوم أخيه انما هو للمسلمين ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو استنام على سومهم لم يكن دخلا في ذلك لأنهم ليسوا بأخوة للمسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضا لان هذا خرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

ولنا ان لفظ انتهى خُص في المسلمين والحق غيره به انما يصح اذا كان مثله واپس الذي كالمسلم ولا حرمة كحرمة ، ولذلك لم تجب إجابتهم في دعوة الولية ونحوها وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في المحصر معنى بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه ، والاخرة الاسلامية تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقة وحفظ قلبه واستبقائه مودته فلا يجوز خلاف ذلك والله أعلم

مسئلة قال (ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول آني في مثلك لراغب ، وان قضي شيء كان وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس اذا لم يصرح)

وجملة ذلك أن المعتدات على ثلاثة أضرب ، معدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لنحرجهما على

مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه وقد أجبت عن حديث أبي سعيد بأجوبة منها أنه يحتمل أنهم أسلموا كذلك روي عن أحمد حين سأله محمد بن الحكم قال قالت لأبي عبد الله اليس كانوا عبيدة أربان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أولا؟ وقال ابن عبد البر إباحة وطهين منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)

(فصل) قال رحمه الله ولا يعمل نكاح خشي مشكل حتى يدين أمره نص عليه في رواية الميوني وذكره ابو اسحاق مذهبا للشافعي وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيع له النكاح فلم يبع له كالمو اشتبهت عليه أخته بنسوة ولأنه قد اشتهر المباح بالمختار في حقه فحرم لما ذكرنا وقال الحارثي إذا كان أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد وان قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا وذلك لانه لا يخلو من أن يكون رجلا أو امرأة قال الله تعالى (وانه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالا كثيرا ونساء) ونيس ثم خلق ثالث فاذا كان مشكلا لم يظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فقد اختلف فيه أصحابنا واختلف الحارثي أنه يرجع الى قوله قال ذكر انه رجل وانه يميل طبعه الى نكاح النساء فله نكاحهن وان ذكر انه امرأة يميل الى طبعه الى

زوجها ١ فنسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا يحل بعده لزوحها فهذا يجوز التعميم بخطبتها في عدم انول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) ولما روت فاطمة بنت قيس أرا النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً إذا حلت ما ذنبي - وفي لفظ - لا نسقيني بنفسك - وفي لفظ لا فتوتينا بنفسك ٢ وهذا تعريض بخطبتها في عدمها ولا يجوز التصريح لأن الله تعالى لما خص التعريض بالامانة دل على تحريم التصريح ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها المص عليه على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(القسم الثاني) الرجعية فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتي في صلب نكاحه

(القسم الثاني) بائن يحل لزوحها نكاحاً كالجماعة والبائن بنسخ لعينة أو اعصار ونحوه فلزوحها التصريح بخطبتها والتعريض لانها سباحة له نكاحها في عدمها فهي كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها فيه وجهان ولشأنني فيه أيضاً قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولانها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثاً (والثاني) لا يجوز لأن الزوج بملك أن يستببحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة في ما يحل وبحرم لأن الخطبة لها تدفلاً يختلفان في حله وحرمة اذ اثبت هذا التعريض أن يقول اني في مثلك لراغب ورب راغب فيك

الرجال زوج رجلاً لانه معنى لا يتوصل اليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق إلى غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها وقد يعرف نفسه بميل طبعه الى أحد الصنفين وشهوته له فان الله تعالى أجرى العادات في الحيوانات بميل الذكر الى الانثى وميلها اليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة ولا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فيرجع فيه الى الامور الباطنة فيما يختص هو بحكمه وأما الميراث والدية فان أقر على نفسه بما يقال ميراثه أو ديت قبل منه وان ادعى ما بزر ذلك لم يقبل لانه منهم فيه فلا يقبل قوله على غيره وما كان من عباداته وسنته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الامامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره واذا زوج امرأة رجلاً ثم عاد فنال خلاف قوله الاول لم يقبل قوله في الزوج بغير الجنس الذي زوجه اولاً لانه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجرم بين تزويج الرجال والنساء .

(مسألة) (فان تزوج امرأة فقال أنا امرأة انسخ نكاحه) لا قراره بطلانه ولزمه نصف المهر إن كان قبل الدخول وجميعه ان كان بعده ولا يعمل له بعد ذلك أن ينكح لانه أقر بقوله أنا رجل بتحريم الرجال وأقر بقوله أنا امرأة بتحريم النساء

(مسألة) (وان تزوج رجلاً ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه) لانه لا حق عليه

وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول أنك علي لكريمة وأني فيك لأعجب وإن الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً ، وقال الزهري أنت جميلة وأنت مرغوب فيك ، وإن قال لا نسبقينا بنفسك أو لا نفوتينا بنفسك أو إذا حملت فأذيني ونحو ذلك جاز ، قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنائز فقال رجل لا نسبقينا بنفسك فقالت سبك غيرك ، ونجيبه للمرأة أن قضي شيء كان وما ترغب عنك وما أشبهه ، والتصریح هو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول زوجيني نفسك أو إذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تؤاخذوهن سرراً) فإن النكاح يسمى سرراً قال الشاعر
فلن تطلبوا سرها لاني ولن تسلموها لأزهاها

وقال الشافعي السر الجماع ، وأنشد لامريء القيس
ألا زعمت بسباسة القوم انني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي
ومراعاة السر أن يقول عندي جماع يرضيك ونحوه وكذلك أن قال رب جماع يرضيك ، ففيه عنه لما فيه من المجر والمفحش والدناءة والسخف
(فصل) فإن صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها من نكاحه وقال مالك يطلقها تطليقة ثم يتزوجها وهذا غير صحيح لأن هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كافي النكاح الثاني أو كالأمر المتجردة ثم تزوجها

فإذا أزال نكاحه فلا مهر له لأنه يقر أنه لا يستمتع به وسواء دخل أو لم يدخل ويحرم النكاح بعد ذلك لما ذكرنا .

باب انشروط في النكاح

وهي ثمان صحيح وفاسد فالصحيح نوعان (أحدهما) يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه وتأييده من الاستمتاع بها فهذا لا يؤثر في العقد وجوده كعدمه (الثاني) شرط ما تنفق به المرأة كزيادة على مهرها أو نقد معين فهو صحيح يجب الوفاء به كالتمن في المبيع
(مسألة) (فإن شرط أن لا يخرجها من دارها أو ملدها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى فهو صحيح لازم فإن وفى به إلا فلها الفسخ)

يروي ذلك عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطائفة والأوزاعي وإسحاق وأبطل هذه الشروط الزهري وقنادة وحشام بن عروة ومالك والليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي . وقال أبو حنيفة والشافعي يفسد المهر ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه ويقول النبي

(فصل) ويحرم على العبد نكاح سيده . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدا باطل ، وروي الأثرم بإسناده عن أبي الزبير قال سألت جابرا عن العبد ينكح سيده فقال جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحن بالجالية وقد نكحت عبدا فأنهرها عمر وهم أن يرجعها وقال لا يحل لك . ولأن أحكام النكاح مع أحكام المالك يتنافيان فإن كل واحد منهما يقتضي أن يكون الآخر بحكمه يضاف بسفروه ويقيم بأقامته وينفق عليه فيتنافيان

(فصل) وليس للسيد أن يتزوج أمة لأن المالك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولو ملك زوجته وهي أمة انفسخ نكاحها وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نكح في هذا خلافا ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكة (فصل) ولا يجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لأن له فيها شبهة وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق لذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق باعتاقها

ولنا قول النبي ﷺ «أنت ومالك لأبيك» ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحها لها فما هي مضافة إليه بجماعتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز لعبد نكاح أمه أو سيده مع ما ذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لأن الرق يقطع ولايته عن أبيه وماله ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه

(فصل) وللأبن نكاح أمة أبيه لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الأجنبي وكذلك

ﷺ «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبين على التغليب والسرابة فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها

ولنا قول النبي ﷺ «إن أحق ما وفيت به الشروط ما استحللتم به الفروج» رواه سعيد - وفي لفظ - «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» متفق عليه وقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً وروي الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل إذا بطلت فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط له فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً كما لو اشترطت زيادة في المهر أو غير نقد البلد وأما قوله صلى الله عليه وسلم «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع قد ذكرنا ما دل على مشروعيته وعلى من هي ذلك الدليل وقولهم أن هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالاً وإنما ثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به وقولهم ليس من مصلحة العقد ممنوع فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة المأقذ كان من مصلحة عقد كاشتراط الرهن والضمين ثم يبطل بالزيادة على مهر

سائر القربات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته للمملوكة إذا قلنا ليست الحرية شرطاً في الصحة ، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءاً منه بغير الارث لا نعلم فيه خلافاً الا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته للعتق فأعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما . ولا يصح لانهما متنافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيراً فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقاً على عتقها . وحكم المكاتب يزوج بنت سيده أو سيدهته حكم العبد في أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه . وقال أصحاب الرأي النكاح بحاله لأنها لا تملكه إنما لها عليه دين وليس بصحيح فان النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولانه لو زال الملك عنه لما عاد بعجزه لو أعنت

(فصل) وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق ففني أعتقته ثم تزوجها لم تحسب عليه بتطليقة وبهذا قال الحكم وحامد ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب وقال الحسن والزهري وقسادة والاوزاعي هي تطليقة وليس بصحيح لانه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وإنما انفسخ النكاح وجود ما ينفيه ما شبهه انفساخه بإسلام أحدهما أو ردت ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فتحل له بذلك المين روي عن قتادة أنه قال لم يزده ملكه فيها الا قرباً وليس بصحيح لان النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيها لا يملكه ولا نكاح به

المثل وإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف به فلها الفسخ ولهذا قال عمر للذي قضى عليه بلزوم الشرط حين قال إذا بطلت مقاطع الحقوق عند الشروط ولم يلتفت الى قوله ولانه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ في ترك الوفاء به كالرهن في اليوم

(مسئلة) (وان شرط لها طلاق ضررها فقال أبو الخطاب هو صحيح)

لانه شرط لا ينافي العقد ولها فيه فائدة فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يزوج عليها قال شيخنا ولم أر هذا لغيره . ويحتمل أنه باطل وهو الصحيح لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشرط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في صفحتها ولتنكح فان لها ما قدر لها » رواها البخاري والتهمي يقتضي فساد المنهي عنه لأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلا يصح كما لو شرطت فسخ بيعه وعلى قياس هذا ما لو شرطت عليه بيع

(مسئلة) قال رضي الله عنه (التعم الثاني قاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء (أحدها) نكاح الشغار وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما) قيل أما سمي هذا النكاح شغاراً لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليقول في المتح يقال شفر الكلب إذا رفع رجله ليقول وحكي عن الأصمعي أنه قال الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر

(فصل) ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه لأن الله تعالى قال [إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم] وليست هذه زوجة لولا مملوكته ولأنه يحل لابنه وطؤها ولا تعد المرأة لرجلين فإن وطئها فلاحده عليه ، نص عليه أحمد ، وقال داود : يعد . وقال بعض الشافعية : أن كان ابنه وطئها حد لأنها محرمة عليه على التأيد

ولنا أن له فيها شبهة لقول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » والحديث يدور بالشبهات ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه والقصاص حتى آدمي فإذا سقط بشبهة المالك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الأولى ولأنه لا يقطع بمرأة ماله ولا يحد بقذفه فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته ، فإذا ثبت هذا فإنها تحرم على الابن على التأيد وإن كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأيد ، وإذا لم تعلق من الأب لم يزل ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها ، وقال أبو حنيفة : يلزم ضمانها لأنه أتلفها عليه وحرمه وطأها فأشبهه ماله قبلها

ولنا أنه لم يخرجها عن ملكه ولم تنقص قيمتها فأشبهه ماله أرضها امرأته فإنها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها وإن عاقبت منه فالولد حر بإحق به النسب لأنه من وطء لا يجب به الحد لأجل الشبهة فأشبهه ولد الجارية المشتركة وتعتبر الجارية أم ولد للأب . وقال الشافعي في أحد قولي لا تصير أم ولد لأنها غير مملوكة فأشبهه ماله وملي . جارية أجنبي بشبهة

عما يريد ولا يختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والثاني واسحاق وحكي عن عطاء وعمر بن دينار ومكحول والزهرى والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جلب ولا خنث ولا شغار في الإسلام » ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر فلم يصح كما لو قال بني ثوبك على أن أبيعك ثوبي قولهم أن فساد من قبل التسمية قلنا بل فساد من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ولأنه شرط تملك البضع لنير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للآخرى فكانت ملكة إياه بشرط انتزاعه منه إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صدق كل واحدة منهما بضع الآخرى أو لم يقل ذلك وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقاً لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهراً في الأخرى

ولما أنها علفت منه بحر لاجل الملك فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان مومراً ، قال أصحابنا ولا يلزم الاب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وقال الشافعي يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم . وهذا يبنى على أصل وهو أن اللاب أن يتملك من مال ولده ما شاء ، وأنه ليس للاب مطالبة أبيه بدين له عاياه ولا قيمة ، تلف وعندم بخلاف ذلك وهذا يذكر في موضع آخر إن شاء الله تعالى

(فصل) وان وطئ الابن جارية أبيه عالماً بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب ولا نصيب به الجارية أم ولد لانه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبهه وطئ الاجنبية وكذلك سائر الاقارب

(فصل) وان وطئ الاب وابنه جارية الابن في طهر واحد فأنت بولد أربي القانة فألحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له كالأفراد بوطئها وان ألحقته بهما لحق بهما وان أولدها أحدهما بعد الآخر فهي أم ولد للأول منهما خاصة لأنها بولادتهما صارت له أم ولد لأفراده بآيادها فلا تنقل بعد ذلك الى غيره لان أم الولد لا ينتقل الملك فيها الى غير مالكيها

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنته فان كان الاب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فأحبها الاب قالوا ولد ولده والجارية له وليس للابن فيها شيء ، قال القاضي ظاهر هذا ان الابن ان كان وطئها لم نصهر أم ولد الاب لانه يحرم عليه وطؤها وأخذها فنكرن قد علفت به ملك وان كان الاب قبضها ولم يكن الابن وطئها ملكها لان الاب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم يتعلق به حاجته فيتملكه

ولما روى ابن عمر ان رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه وفي حديث أبي هريرة والشغار ان يقول الرجل للرجل زوجني بنتك وأزوجك ابنتي وزوجني أختك وأزوجك أختي رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأي ذلك كان ولانه إذا شرط في نكاح إحداها تزويج الاخرى فقد جازل بضع كل واحدة منهما صداق الاخرى ففسد كما لو لفظ

(فصل) فان سميا مع ذلك مهرأ فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالنصوص عن أحمد ضحته وهو قول الشافعي لا تقدم من حديث ابن عمر وكأنه قد سمى صداقاً فصح كما لو لم بشرط ذلك وقال الحنفي لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبو داود عن الاعرج أن العباس بن عبد الله ابن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكما جعل صداقاً فكتب معاوية الى مروان قاهره ان يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولانه شرط نكاح إحداها لنكاح الاخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقاً بحقيقته أن عدم التسمية ليس يفسد للعقد بدليل

﴿ باب نكاح أهل الشرك ﴾

أنكحة الكفار صحيحة يرون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ولا ينظر صفة عدمه وكيفيته ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشياء ذلك بإخلاف بين المسلمين

قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة ان لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب لارضاع، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نسائهم وأقربا على أنكحتهم ولم يسألهم رسول الله ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يتينا ولكن ينظر في الحال فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها أقر، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلة ثلاثا لم يقر، وإن تزوجها في العدة وأسلمها بعد انقضائها أقر لأنها يجوز ابتداء نكاحها

نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه متلف في عقد فلم يصح كما لو قال ببتك ثوبني بمشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين وهذا لا اختلاف فيه إذا لم يصرح بالتشريك فأما إن قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنك ومهر كل واحدة منها مائة وبضع الأخرى فالنكاح قاسد لأنه صرح بالتشريك فلم يصح المقدم كما لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سما صداقا فقيه وجهان (أحدهما) نفسد التسمية ويجب مهر المثل، وهذا قول الشافعي لأن كل واحد منهما لم يرص بالمسمى إلا بشرط أن يتزوج مولية صاحبه فنقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجرولا فبطل (والوجه الثاني) ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهرأ فصح كما لو قال زوجتك على ألف على أن لي منها مائة

(فصل) فإن سمي لأحدهما مهرأ دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لأنه فسد في أحدهما ففسد في الأخرى والاولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقاً لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سمي لها صداقاً روايتان لأن فيه تسمية وشرطاً فاشبه ما لو سمي لكل واحدة منهما مهرأ ذكره القاضي هكذا

(فصل) فإن قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك ويكون عتقها صداقاً لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقاً سوى تزويج ابنته وإذا زوج ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقاً لها صح لأن الجارية تصلح أن تكون صداقاً وإذا زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقاً لها لم يصح الصداق لأن ملك المرأة زوجها منع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح

٥٣٢ إذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثلاثين ولم يدخل بهن بن منه (المنقح والشرح الكبير)

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثلاثين ولم يدخل بهن بن منه وكان لكل واحدة نصف ماسى لها ان كان حلالا أو نصف صداق مثلها إن كان ماسى لها حراما ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بن منه أيضا ولا شيء عليه لو واحدة منهن فان كان اسلامه واسلامهن قبل الدخول معا فهن زوجات ، فان كان دخل بهن ثم أسلم فن لم تسلم منهن قبل انقضائها عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدينان) في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أنه اذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين اسلامه ويكوز ذلك فسخا لا طلاقا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تعجل الفرقة بل إن كانا في دار الاسلام عرض الاسلام على الآخر فان أبي وقعت الفرقة حينئذ ، وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فان أسلم الآخر وقعت الفرقة فان كان الاباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقة حصصت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به ، وإن كان من المرأة كان فسخا لان المرأة لا تملك الطلاق ، وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فان أسلم والا وقعت الفرقة ، وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

النكاح ويجب مهر المثل (الثاني) نكاح المحلل وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها ، نكاح المحلل باطل حرام في قول طامة اهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك والليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكما الى ان تطأها أو شرط أنه اذا أحلها فلا نكاح بينهما او اذا أحلها للأول طلقها وحكي عن ابي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط وقال الشافعي في الصورتين الاولتين لا يصح (وفي الثالثة) على قولين :

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لمن الله المحلل والمحلل له » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي قال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند اهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر ابن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعونون على لسان محمد ﷺ وروى ابن ماجه عن عقبة بن عامر ان النبي ﷺ قال « ألا أخبركم بالنيس المستعار » قالوا بلى يا رسول الله قال « هو المحلل لمن الله المحلل والمحلل له » رواه الاثرم بإسناده عن قبيصة عن جابر قال سمعت عمر يخطب الناس وهو يقول والله لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجعتما ولانه نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاء قابضه نكاح المتعة .

﴿مسئلة﴾ (فان نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضا في ظاهر المذهب وقيل يكره ويصح)

ولما أنه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرة كالردة على ملك كاسلام الزوج أو كالأبي الآخر الاسلام ، ولأنه ان كان هو المسلم فليس له أمساك كافرته لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعهديم الكافرين) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها على نكاح مشرك ولنا على أنها فرقة ففسخ انها فرقة باختلاف الدين فكان فسخا كالأبي الاسلام الزوج وأبت المرأة ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

(الفصل الثاني) أن الفرة اذا حصلت قبل الدخول ماسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى ان كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر مثلها ان كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيراً لان الفرة حصلت بفعله ، وإن كانت باسلام المرأة فلا شيء . لما لان الفرة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر اذا كانت هي المسلمة واختارها ابو بكر ، وبه قال قتادة والثوري ويتنصيه قول أبي حنيفة لان الفرة حصلت من قبله بابائه الاسلام وامتناعه منه وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصارت .

ونقل عن أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته لاشيء لها من الصداق ووجها ما ذكرناه ووجه الاول أن الفرة حصلت باختلاف الدين واختلاف الدين حصل باسلامها فكانت الفرة حاصلة

إذا توطأ عليه قبل العقد ولم يذكر هل نواه أو نوى المحلل من غير شرط ؟ فالنكاح باطل أيضا قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة في نفسه أن يحلها لزوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الاحلال وهو ملمون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم فروى نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم تأمرني ولم تعلم قال لا ، نكاح رغبة ان أعجبتهك أمسكتها وان كرهتها فارقتها قال وان كنا نعدده على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً وقال لا يزالا زانيين وان مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها ، وهذا قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وجاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثاً أحلها له رجل ؟ قال من يخادع الله يخدعه ، وهذا قول الحسن والنخعي والشافعي وقاتادة ويكر المزني والليث ومالك والثوري واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولها لانه خلا عن شرط يفسده فأشبهه ما لو نوى طلاقها لغير الاحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك ولان العقد إنما يبطل بما شرط لانه قصد بدليل ما لو اشترى عبداً بشرط ان يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يبطل . ولانه قد روي عن عمر ما يدل على اجازته فروى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صفار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يطله شيئاً فينها هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا

بفعلها فلم يجب لها شيء. كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فانه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت رقت الفرقة ولها نصف المهر

(الفصل الثالث) أن الزوجين إذا أسلما معا فاعها على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بمحمد الله. ذكر ابن عبد البر انه إجماع من أهل العلم وذلك لانه لم يوجد منهم اختلاف دين. وقد روى ابو داود عن ابن عباس أن رجلا جاء مسلما على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة بعده فقال يا رسول الله انها كانت أسلمت معي فردها عليه ويمنبر فلما نظما بالاسلام دفعة واحدة لثلاثين سنة أتيا صاحبهما فيفسد النكاح ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد، ولانه بعد اتفاقهما على النكاح بكاهة الاسلام دفعة واحدة، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول الا في الشاذ النادر فيبطل الاجماع.

(الفصل الرابع) انه اذا كان اسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن احمد روايتان (إحداهما) يقف على انقضاء المدة فان أسلم الآخر قبل انقضاءها فاعها على النكاح، وان لم يسلم حتى انقضت المدة وقفت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج الى استئناف المدة وهذا قول الزهري والاثب والحسن بن صالح والارزاعي والشاذلي والشافعي ونحوه عن مجاهد وعبد الله بن عمر ومحمد بن الحسن، والرواية

الرقعتين شيئا ويحك لي؟ قالت نعم ان شئت فاخبروه بذلك قال نعم فزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوتها الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول ياويله غلب علي امرأتي فأتني عمر فقال ياأمير المؤمنين غلبت على امرأتي قال من غلبك؟ قال ذو الرقعتين قال ارسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قومك؟ قال ليس بموضع بأس قالت ان أمير المؤمنين يقول لك طالق امرأتك فقل له لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك فانبتته حلة فلما رآه عمر من بيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقال أطلق امرأتك؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقها لا وجعت رأسك بالسوط ورواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحوه من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأساً

ولنا قول النبي ﷺ «لن الله المحلل والمحلل له» وقول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم فيكون اجماعاً ولانه قصد به التحليل فلم يصح كالمشروط أما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له اسناد يعني أن ابن سيرين لم يذكر اسناده الى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل قال هو من الذي سمعوه بخطبه به على المنبر لا أوتي محلل ولا محلل له الا رجعتما؟ ولانه ليس فيه ان ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه واذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فتوى بالمقدح ما شرطوا عليه وقصد نكاحاً وغبة

الإنسانية تعجل الفرقة وهو اختيار الحلال وصاحبه ، وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقاتدة والحكم وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونعمه ابن المنذر ، وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانتقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة ، وقال مالك إن أسلم الرجل قبل أمرائه عرض عليها الإسلام فإن أسلمت والا وقعت الفرقة وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وفتت على انتضاء العدة واحتج بن قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالزحام ولنا ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب قال كان بين أسلم صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح . قال ابن عبد البر وشبهة هذا الحديث أقوى من استاده ، وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وتقدم فبايع النبي ﷺ فبينما على نكاحهما ، وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انتضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما . ولأن أبا سفيان خرج أسلم عام الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي

صح العقد لأنه خلا عن نية التحليل وشروطه فصح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين فإن قصدت المرأة أو زوجها التحليل دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وإبراهيم إذا هم أحد الثلاثة ففسد النكاح قال أحمد كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون قال أبجد الحديث عن النبي ﷺ « أريدن أن ترجعي إلى رفاعة ؟ » ونية المرأة ليس بشيء إنما قال النبي ﷺ « لمن الله المحلل والمحلل له » ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج لأنه الذي إليه المفارقة . وإلما لك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئاً من العقد ولا من رفعه فهو أحجب كسائر الأجانب فإن قيل فكيف لعله النبي ﷺ ؟ قيل إنما لسه إذا رجع إليها بذلك التحليل لأنها لم تحل له فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك

(فصل) وإن اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها العبد أو بعضه لينسخ النكاح بملكها . لم يصح قال أحمد في رواية حنبل إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجها فاشترى عبداً وزوجها إياه فهذا الذي نهى عنه عمر . يؤيد بأن جنيماً وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبه المحلل وعلل أحمد فساداً بشيئين (أحدهما) أنه شبه المحلل لأنه إنما زوجها إياه لتحل له (والثاني) كونه ليس بكفء لها ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد البعد التحليل لأن المشتبه في الفساد نية الزوج لا نية غيره

(فصل) ونكاح المحلل فاسد تنبت فيه أحكام العقود النافذة فانه فن ولا يحصل به الإحصان

وَيُحْتَمَلُ مَكَّةَ نَبْتًا عَلَى النِّكَاحِ وَأَسْلَمَ حَكِيمُ بْنُ حَزَامٍ قَبْلَ امْرَأَتِهِ وَخَرَجَ ابْنُ سَفْيَانَ بْنُ الْحَارِثِ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ أُمَيَّةٍ فَقَبِلَا النَّبِيَّ ﷺ عَامَ الْفَتْحِ بِالْأَبْوَاءِ فَأَسْلَمَا قَبْلَ نِسَائِهِمَا وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ أَسْلَمَ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَيَعْدُ أَنْ يَنْفَقَ إِسْلَامُهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَيَقَارِقُ مَا قَبْلَ الدَّخُولِ فَإِنَّهُ لَاعِدَةٌ لَهَا فَتَتَجَلَّى الْبَيْنُونَةُ كَالْمُطَلَّاقَةِ وَاحِدَةً ، وَهِيَ لَهَا عِدَّةٌ . فَإِذَا انْقَضَتْ تَبَيَّنَا وَهُوَ عَنِ الْفَرْقَةِ مِنْ حِينَ أَسْلَمَ الْأَوَّلُ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى عِدَّةٍ ثَانِيَةٍ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الدِّينِ سَبَبُ الْفَرْقَةِ فَتَحْتَسِبُ الْفَرْقَةُ مِنْهُ كَالْمُطَلَّاقِ (الفصل الخامس) أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَتَخَلَّفَ الْآخَرُ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّةُ الْمَرْأَةِ انْفُسَخَ النِّكَاحُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ لَمْ يَخْتَلَفِ الْعُلَمَاءُ فِي هَذَا إِلَّا شَيْءٌ رَوَى عَنْ النَّخَعِيِّ شَذَّ فِيهِ عَنْ جَمَاعَةِ الْعُلَمَاءِ فَلَمْ يَنْبَغِ عَلَيْهِ أَحَدٌ زَعَمَ أَنَّهَا تَرُدُّ إِلَى زَوْجِهَا ، وَأَنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَدَّ زَيْنَبَ عَلَى زَوْجِهَا أَبِي الْعَاصِ بِنِكَاحِهَا الْأَوَّلَ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَاحْتَجَّ بِهِ أَحَدٌ قِيلَ لَهُ أَلَيْسَ يَرَوَى أَنَّهُ رَدَّهَا بِنِكَاحٍ مُسْتَأْنَفٍ؟ قَالَ لَيْسَ لَهُ أَصْلٌ ، وَقِيلَ كَانَ بَيْنَ إِسْلَامِهَا وَرَدِّهَا إِلَيْهِ ثَمَانِ سَنِينَ وَلَنَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى (لَا هُنَّ حِلٌّ لَكُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهَا) وَقَوْلُهُ سَبَّحَانَهُ (وَلَا تَسْكُوا بِهِمْ الْكَوَافِرَ) وَالْإِجْمَاعُ الْمُنْتَقَدُ عَلَى تَحْرِيمِ زَوْجِ الْمُسْلِمَاتِ عَلَى الْكُفَرَاءِ فَأَمَّا قِصَّةُ أَبِي الْعَاصِ مَعَ امْرَأَتِهِ فَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ لَا يَخْلُومَنَ أَنْ تَكُونَ قَبْلَ زَوْلِ تَحْرِيمِ الْمُسْلِمَاتِ عَلَى الْكُفَرَاءِ فَتَكُونَ مَنْسُوخَةً بِمَا جَاءَ بِرَدِّهَا أَوْ تَكُونَ حَامِلًا اسْتَمَرَّ حُكْمُهَا حَتَّى أَسْلَمَ زَوْجُهَا أَوْ مَرَضَةً لَمْ تَحْضِ ثَلَاثَ حَيْضَاتٍ حَتَّى أَسْلَمَ أَوْ تَكُونَ رَدَّتْ إِلَيْهِ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ فَقَدْ رَوَى ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي شَفْنِهِ عَنْ هُرَيْرِ بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّهَا عَلَى أَبِي الْعَاصِ بِنِكَاحٍ

وَلَا الْإِبَاحَةَ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ كَمَا لَا يَنْبَغُ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ قِيلَ فَقَدْ سَمِعَ النَّبِيَّ ﷺ مُحَلَّلًا وَسَمِعَ الزَّوْجَ مُحَلَّلًا لَهُ وَلَوْ لَمْ يَحْصُلِ الْحُلُّ لَمْ يَكُنْ مُحَلَّلًا وَلَا مُحَلَّلًا لَهُ فَلَنَا سَمَاءُ مُحَلَّلًا لِأَنَّهُ قَصِدُ التَّحْلِيلِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَحْصُلُ فِيهِ الْحُلُّ كَمَا قَالَ «مَا مِنْ بَلَدٍ مِنَ الْقُرْآنِ مِنْ اسْتَحْلَ حَاوِمَهُ» وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى (يَحْلُونَهُ طَامًا وَيَحْرَمُونَهُ طَامًا) وَلَوْ كَانَ مُحَلَّلًا فِي الْحَقِيقَةِ وَالْآخِرُ مُحَلَّلًا لَهُ لَمْ يَكُنْ مَاعُونِينَ (الثَّالِثُ) نِكَاحُ الْمَتَةِ وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِلَى مَدَّةٍ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ زَوْجَتُكَ ابْنَتِي شَهْرًا أَوْ سَنَةً أَوْ إِلَى انْقِضَاءِ الْمَوْسَمِ وَقُدُومِ الْحَاجِّ وَشَبَّهِهُ سِوَاهُ كَانَتْ الْمُدَّةُ مَعْلُومَةً أَوْ مَجْهُولَةً فَهُوَ بَاطِلٌ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فَقَالَ نِكَاحُ الْمَتَةِ حَرَامٌ وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِيهَا رَوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهَا مَكْرُوهَةٌ غَيْرُ حَرَامٍ لِأَنَّ ابْنَ مَنصُورٍ سَأَلَ أَحْمَدَ عَنْهَا فَقَالَ تَجْتَنِبُهَا أَحَبُّ إِلَيَّ قَالَ فَظَاهِرُ هَذَا الْكِرَاهَةِ دُونَ التَّحْرِيمِ وَغَيْرُ أَبِي بَكْرٍ مِنْ أَصْحَابِنَا يَمْنَعُ هَذَا وَيَقُولُ الْمَسْئَلَةُ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ فِي تَحْرِيمِهَا وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ وَالْفُقَهَاءِ وَمَنْ رَوَى عَنْهُ تَحْرِيمُهَا عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ الزَّيْبَرِ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ وَعَلَى تَحْرِيمِ الْمَتَةِ مَالِكٌ وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ وَأَبُو حَنِيفَةَ فِي أَهْلِ الْكُوفَةِ وَالْأَوَزَاعِي فِي أَهْلِ الشَّامِ وَالْإِثْبَاتُ فِي أَهْلِ مِصْرَ وَالشَّافِعِيُّ وَسَائِرُ أَصْحَابِ الْآثَارِ وَقَالَ زُفَرٌ يَصَحُّ النِّكَاحُ وَيُطْلَقُ الشَّرْطُ وَحُكْمِي مِنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهَا جَائِزَةٌ وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ أَصْحَابِهِ عَطَاءٌ وَطَاوُسٌ وَبِهِ قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ وَحُكْمِي ذَلِكَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَجَابِرٍ وَآلِيهِ ذَهَبَ الشَّيْخَةُ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَذِنَ فِيهَا وَرَوَى أَنَّ عُمَرَ قَالَ

جديد ، ورواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجاد إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب

(فصل) وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملاً لانه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء ، فان كان مسنحاً صحيحاً فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصلحة وان كان محرماً أو قد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره لاننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم ، وان لم تقبضه وهو حر أم فلها مهر مثلها لان الحر والخنزير لا يجوز أن يكون صداقاً للمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكاماً للمسلمين ، فأما نفقة العدة فان كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها لانه يتمكن من ابقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية ، وان كان هو للمسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لانه لا سبيل له الى استبقاء نكاحها وتلافي حالها فأشبهت البائن ودواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم ، فان قيل اذا لم تسلم تبين أن نكاحها انفسخ باختلاف الدين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لانه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها اذا أسلمت بل يجب عليه ذلك فكانت في معنى الرجعية ، فان قيل الرجعية جرت الى الذبونة بسبب منه ، وهذه السبب منها قلنا لا أنه كان فرضاً عليها مضيقاً يمكنه تلافيه بخلاف ما اذا أسلمت قبل الدخول فانه يسقط مهرها جميعاً لانه ما أسكنه نلافه

(فصل في اختلاف الزوجين) لا يخلو اختلافهما من حالين (أحدهما) أن يكون قبل الدخول ففيه مسئلتان (أحدهما) أن يقول الزوج أسلمنا معاً فنحن على النكاح ونقول هي بل أسلم أحدنا قبل

متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ انا أنهي عنها وأعاقب عليها : متعة النساء ومتعة الحج ولا يعقد على منفعة فجاز مؤقتاً كالاجارة

ولنا ما روى الريم بن سبرة أنه قال اشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله ﷺ في حجة الوداع وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه أبو داود وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال « يا أيها الناس اني كنت اذنت لكم في الاستمتاع الا وان الله قد حرمها الى يوم القيامة » وروى سبرة أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة فلم نخرج حتى نهانا عنها رواه مسلم وروى علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الخمر الاهلية متفق عليه رواه مالك في الموطأ وأخرجه الأئمة النسائي وغيره . واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الخمر الاهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر نيات النهي عنها وقد بينه الريم بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكاه الامام أحمد عن قوم وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعي لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه الا المتعة ، فحمل الامر على ظاهره وأن النبي صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ثم أحلها في

صاحبه فانفسخ النكاح فقال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها وكذلك إذ يتعذر اتفاق الاسلام منها دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه ولذلك كان القول قول صاحب البعد ، وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر ان القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طاري عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالمنكر ، ولشاذني قولان كعذين الوجهين

(المقالة الثانية) أن يقول الزوج أسلمت قبلي فلا صدق لك. وتقول هي أسلمت قبلي فلي نصف الصداق قال قولها لان المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يستقطه والاصل بقاءه ولم يمارضه ظاهر فبقي فان اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلنان عينه فلها نصف الصداق كذلك ذكره أبو الخطاب ، وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها شك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لانه يشك في استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك والاول أصح لان البقين لا يزال بالشك وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة بنى على اليقين ، وهذه قد كان صداقها واجبا لها وشكها في سقوطه فيبقى على الوجوب . وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضا مسألتان (أحدهما) أن يقولوا أسلمنا معا أو أسلم الثاني منا في العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم إسلام الثاني

حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حررها ولانه يتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر النكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع فروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبير قال قالت لابن عباس لقد أكره الناس في المتعة حتى قال فيها الشاعر :

أقول وقد طال الثواء بنا مآ
يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس
هل لك في رخصة الاطراف آتية تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيباً فقال ان المتعة كاليتة والدم ولحم الخنزير وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال إنما كانت المتعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس فيها معرفة فيزوج المرأة بقدر ما يدري أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى زلت هذه الآية (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) قال ابن عباس فكل فرج سواهما حرام رواه الترمذي فاما اذن النبي صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت بسنخه وأما حديث عمر إن صح عنه فالظاهر أنه إنما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها اذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبقي على إباحته

(فصل) فان تزوجها من غير شرط الا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الأوزاعي قال هو نكاح مشتهر والصحيح أنه لا بأس به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته ان وافقته والا طلقها

(المسئلة الثانية) أن تقول أسلمت قبلك فلي نفقة العدة ويقول هو أسلمت قبلك فلا نفقة لك فاقول قولها لأن الأصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها ، وإن قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت بعد شهر فاقول قوله لأن الأصل عدم إسلامها في الشهر الثاني ، فأما إن ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح لأنه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبهه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته

(فصل) وسواء فيما ذكرنا انتقلت الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة إن أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الإسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربى حرية ثم دخل دار الإسلام وعند القدة انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقضي مذهبه أن أحد الزوجين القديمين إذا دخل دار الحرب ناقضا للعهد انفسخ نكاحه لأن الدار اختلفت بهما فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الإسلام قبل الدخول .

ولنا أن أبا سفيان أسلم بم الظهران وامراته بمكة لم تسلم وهي دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن وامراته صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها أسدوا وأقروا على أنكحهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدارين ويمارق ما قبل الدخول فإن مقام النكاح لاختلاف الدين اذ انهم من الاقرار على النكاح دون ما ذكره ، فعلى هذا لو تزوج مسلم بم دار الإسلام خريصة من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح

(مسئلة) (وكذلك ان شرط أن يطلقها في وقت بينه)

فلا يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا مثل أن يشترط عليه طلاقها ان قدم أبوها أو أخوها ويتخرج أن يصح النكاح ويبطل الشرط وهو قول أبي حنيفة وأظهر قول الشافعي قاله في طاعة كتبه لأن النكاح وقع معلقا وأما شرط على نفسه شرطا وذلك لا يؤثر فيه كالمو شرط أن لا يزوج عليها ولا يسافر بها .

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبهه نكاح المتعة ولأنه شرط انتهاء النكاح في وقت بينه أشبه نكاح المتعة ويمارق ما قاسوا عليه فإنه لم يشترط قطع النكاح

(مسئلة) (وان علق ابتداءه على شرط كقوله زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو ان رضيت أمها فهذا كله باطل من أصله)

لأنه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولأنه وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهو قول الشافعي وعن مالك نحوه ، وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط أن رضيت أمها رواية إن النكاح صحيح لأنه يصح في الجبل بالعوض فلم يبطل بالشرط الفاسد كالنكاح ويبطل للشرط والاول أصح لما ذكرنا (النوع الثاني) أن شرط أنه لا مهر لها ولا نفقة أو يقسم لها أكثر من أمراته الأخرى أو أقل فالشرط باطل ويصح النكاح وكذلك ان شرط أنه إن اصدقها رجم عليها

ولنا عموم قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت في دار الاسلام فأباح نكاحها في دار الحرب كالمسئلة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود منفردة ثم أصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها اختار أربعاً منهن وفارق ما سواهن سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن)

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكن كهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعاً منهن وفارق سائرهن سواء تزوجن في عقد أو في عقود وسواء اختار الأوائل أو الاواخر . نص عليه احمد وبه قال الحسن ومالك والليث والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق ومحمد بن الحسن وقال ابو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجن في عقدان فسخ نكاح جميعهن ، وإن كان في عقود فنكاح الأوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا

ولنا ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت ونحوي ثمان نسوة فأنبت النبي ﷺ فقلت له ذلك

أو تشرط عليه أن لا يوطأ أو يعزل عنها أو لا يكون عندها في الجمعة الا ليلة أو شرط لها التها دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً فهدء الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضاء وتضمن اسقاط حقوق يجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو اسقط الشفيع شفيعته قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فهو صحيح لأن هذه الشروط تعود الى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً ولأن النكاح يصح مع الجهل بالموضع فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق وقد نص احمد فيمن تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى الا ليلة وليلة فقال لها إن تنزل الا بطيب نفس منها فإن ذلك جائز وإن قالت لا أرضى الا بالمقاسمة كان ذلك حقاً لها تطالبه إن شاءت ، وتقل عنه الا ترم في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها في الايام يجوز الشرط وإن شاءت رجعت ، وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم النكاح جائز ولما ان ترجع في هذا الشرط ونقل عن احمد كلام في بعض هذه الشروط . يحتمل ! طال العقد فنقل عنه المروفي في النكاحيات والليثيات ليس هذا من نكاح أهل الاسلام . وعن كره زيج التهاويات حماد بن أبي سايمة وابن شبرمة ، وقال الثوري الشرط باطل . وقال أصحاب الرأي إذا سأله أن يعدل لها عدل ، وكان الحسد وعطاء لا يريان بنكاح التهاويات بأياً وكان الحسن لا يرى بأساً أن يتزوجها ويجعل لها من الشهر أياً ما معلومة . قال شيخنا ولعل كراهة من

فقال « اختزن منهن أربعاً » رواه أحمد وأبو داود . وروى محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أعلم وتحتته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعاً . رواه الترمذي ورواه مالك في موطئه عن الزهري مرسلًا ، ورواه الشافعي في مسنده عن ابن عتبة عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري كذلك قال الحفاظ الإمام أحمد والترمذي وغيرهما ، ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود ، وأما إذا تزوجت بزوجة فنكاح الثاني باطل لأنها ملكته ملك غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح لأنها لم تملكه جميع بضعها ولأن ذلك ليس بشأنهم عند أحد من أهل الأديان ، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه أن يختار أربعاً فما دون وبفارق سائرهن أو يفارق الجميع لأن النبي ﷺ أمر غيلان وقبسا بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ، ولأن المسلم لا يجوز إقراره على نكاح أكثر من أربع فإن أبي أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار لأن هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإيفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي إذا امتنع من الطلاق لأن الحق ههنا لغير معين وإنما تتعين الزوجات باختياره وشهوته وذلك لا يعرفه الحاكم فينبوب عنه فيه بخلاف المولي فإن الحق لمعين يمكن الحاكم إيفاؤه والنيابة عن المستحق فيه فانت جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على

كره ذلك راجعة إلى إبطال الشرط وإجازة من أجازته راجعة إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم منقذة على صحة النكاح وإبطال الشرط كما قلنا والله أعلم . وقال القاضي إنما كره أحد هذا النكاح لأنه يقع على السر وهو منهي عنه فإن شرطه عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد لأنه شرط ما ينافي للقصد من النكاح وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك إن شرط عليه أن لا نسلم إليه فهو بمنزلة من اشترى شيئاً على أن لا يقبضه ، وإن شرط عليها أن لا يوطئ لم يفسد لأن الوطء حقه عايبها ، ويحتمل أن يفسد لأن لها فيه حقاً ولذلك تملك مطالبتة به إذا آلتى والفسخ إذا تعذر بالجلب والعنة

(الثالث) أن بشرط الخيار إن جاءها بالمهر في وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفي صحة النكاح روايتان (أحدهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما إذا شرط الخيار وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أن لا خلاف فيه ، وقال ابن المنذر قال أحمد وإن حاق إذا تزوجها على أنه إن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والأوزاعي وروى ذلك عن الزهري ولأن النكاح عقد لازم لا يدخله خيار لما في ذلك من المفسدة والضرر على الحرائر لكونها ترد بعد ابتدائها بعقد النكاح والشناعة عليها بأنها ردت رغبة عنها لدنائها والشرط الآخر تعليق النكاح على شرط فهو معنى الخيار وبصح النكاح لأن النكاح يصح في المجهول فلم يفسد بالشرط الفاسد كالعتق ، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن الشرط

الاختيار وعليه فتحة الجميع الى أن يختار لاثني محبوسات عليه ولانهن في حكم الزوجات اثني اختيار جاز (فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فإنه لا حكم لقوله وليس لايده الاختيار عنه لان ذلك حق يتعلق بالشبهة فلا يقوم غيره مقامه فيه فإذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه الفتحة إلى أن يختار

(فصل) فإن مات قبل أن يختار لم يقر وارثه مقامه لما ذكرنا في الحالك وعلى جميعين العدة لان الزوجات لم يمتن منهن فن كانت منهن حاملاً فعندتها برضعه ومن كانت آيسة أو صغيرة فعندتها أربعة أشهر وعشر لانها أطول الامدين في حقها، وإن كانت من ذوات القرو فعندتها أطول الأجلين من ثلاثة قرو أو أربعة أشهر وعشر انتهى العدة يتيقن لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قرو فأوجبنا أطولهما لتتقضي العدة يتيقن كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عيها عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي، فأما الميراث فإن اصطلاحن عليه فهو جائز كيفما اصطلاحن لان الحق لمن لا يخرج عنهن وإن أئين الصلح بقياس المذهب أن يقرع بينهما فنكون الاربع منهن بالقراءة وعند الشافعي يوقف الميراث حتى يصطلحن وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضع ان شاء الله تعالى

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء أو اخترت هؤلاء أو أسكنتهن أو اخترت

والمقد جائز ان لنول النبي ﷺ المسلمون على شروطهم « وذكر القاضي في كتابه الروايتين والوجهين « أما صحة العقد فلان اللفظ الذي يقتضي الدوام قد وجد وإنما حصل الشرط في المهر فلم يؤثر في العقد، وأما المهر فإنها لما ملكت ففسخ النكاح عند تعذر تسليم المهر جاز أن يشترط هذا المعنى في العقد ولا يؤثر فيه، والرواية الأخرى يبطل العقد في هذا كله لان النكاح لا يكون إلا لازماً وهذا بوجوب جوازه ولانه وقفه على شرط ولا يجوز وقفه على شرط كالبيع وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) فإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لاث النكاح منفرد عن ذكر الصداق لا يفسد النكاح بفساده فلان لا يفسد بشرط الخيار أولى بخلاف البيع فإنه إذا فسد أحد العوضين فسد الآخر، إذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه (أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويسح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لان عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الايمان ويثبت فيه الخيار كاتبياعات (والثالث) يبطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم توافق على شيء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (فان تزوجها على أنها مسلمة فبانت كاتبة لله الخيار) لانه قص وضرب يتعدى الى الولد فأشبهه ما لو شرطها حرة فبانت أمة

حسبهن أو امساكن أو نكاحهن أو أمسكت نكاحهن أو ثبت نكاحهن أو اثبتن، وإن قال لما زاد على الأربع فسخت نكاحهن كان اختياراً للأربع، وإن طلق إحداهن كان اختياراً لهما لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة وإن قال قد فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء، فإن لم يذو الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ «أختر منهن أربعة» وفارق سائرهن، وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعمدت إلى أقدمهن صحة ففارقتها وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لمن دون غيرهن وذكر القاضي فيه عند الإطلاق وجهين

[أحدهما] أنه يكون اختياراً للفارقات لأن لفظ الفراق صريح في الطلاق والأولى ما ذكرناه وإن وطئ، إحداهن كان اختياراً لهما في قياس المذهب لأنه لا يجوز إلا في ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضاً اختيار لهما، وإن آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لهما لأنه يصح في غير زوجة في أحد الوجهين وفي الآخر يكون اختياراً لهما لأن حكمه لا يثبت في غير زوجة وإن قدّم لم يكن اختياراً لهما لأنه يتم في غير زوجة

(فصل) وإذا اختار منهن أربعة وفارق البواقي فعدن من حين اختار لهن بن منه بالاختيار ويحتدل أن تكون عدتهن من حين أسلم لهن بن بإسلامه وإنما يتبين ذلك باختباره فثبت حكمه من حين الإسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وفرقن ففسخ لأنها ثبتت

(مسئلة) (فان شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له) لاهما زيادة، وقال أبو بكر له ذلك

لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العيادات عليها والاول أولى

(فصل) فان شرطها أمة فبانت حرة وكان له نكاح الاماء فلا خيار له لأن وقعه يسلم من الرق ويمكن من الاستمتاع بها ليلاً ونهاراً، وكذا لو شرطها ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينه فبانت خيراً من شرطه لأنها زيادة

(فصل) وإن شرطها بكراً فبانت ثيباً فمن أحد كلامي يحتمل أمرين (أحدهما) لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بسبب سرى العيوب الثمانية ولا يثبت فيه الخيار لا يرد بمخالفة الشرط (والثاني) له الخيار كما لو شرط الحرية، وكذلك لو شرطها حسناً فبانت شوهاً أو ذات نسب فبانت دونه أو ببضاً فبانت سوداء أو طويلة فبانت قصيرة خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي وكذلك لو شرط نفق العيوب التي لا يفسخ بها النكاح كالسرى والحرس والعصم ونحوه فإن بخلاف ذلك ففيه وجهان. ومن أزم لزوج من هذه صفتها الشرعي والشافعي وأصحاب الرأي حكاه ابن المنذر، وروى الزهري أن رجلاً تزوج امرأة فلم يجدها عذراء وكانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت إليه عائشة أن الحيضة تذهب بالعذرة، وعن الحسن والشعبي وإبراهيم في الرجل إذا لم يجدها عذراء ليس عليه شيء، فلهذرة إن الحيضة تذهب بالعذرة والرؤية والتعميس والحلل مثبيل

باسلامه من غير لفظ منهن، وعدتهن كمدة المطلقات لان عدة من انفسخ نكاحها كذلك وان ماتت احدى المختارات او بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتسكون عنده على طلاق ثلاث لانه لم يطلقها قبل ذلك، وان اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لان الأربع الزوجات لا بين منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه بين وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين وان طلق الجميع أقرع بينهما فإذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ووقع طلاقه بين وانفسخ نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثاً فمضى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لانهن لم يطلقن منه، ولا يحل له المطلقات إلا بعد زوج واصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلم في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فإذا اختارهن تبين أن طلاقه وقع بين لانهن زوجات ويعتدّن من حين طلاقه وبأن البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بين طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات والفرق بين هذه وبين التي قبلها ان ما تزقن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ في التي قبلها يطلقن وله الاختيار والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهم أولى من بعض فصرنا إلى القرعة لتساوي الحقوق (فصل) واذا أسلم قبلهن وثلثنا بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام، وان قلنا يقف على

(فصل) اذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار وهذا قول الشافعي كما اذا شرط ذلك (مسألة) (وإن تزوج أمة يظنها حرة أو على أنها حرة وولدت منه فالولد حر ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الاماء وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء فله الخيار فان رضي المقام معها فما ولدت بعد ذلك فهو رقيق)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) ان النكاح لا يفسد بالفرور وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي في أحد قولي يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه ما لو قات بعثك هذا الفرس فإذا هو حمار ولنا ان المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدها في صحته كما لو قال زوجتك هذه الحسناء فإذا هي سوداء وكذا نقول في الاصل الذي ذكرناه ان العقد صحيح لان المعقود عليه العين المشار اليها وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم الغائت القدت فان ذات الفرس غير ذات الحمار وهما اختلفا في الصفات [والثاني] ان البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل انه يرد فوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه

(الفصل الثاني) أن أولاده منها أحرار بغير خلاف لعدم لانه اعتقد حريتها فكان ولده أحراراً كما تنادى ما يقتضي حريتهم كما لو اشترى جارية يظنها ملكاً لبائنها فبانت بمصوبة بعد أن أولدها (الفصل الثالث) ان على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وهو قول

انقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تينا أمن بن منذ اختلف الدينان فان كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تينا أن طلاقه لم يقع بين وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن، وإن كان وطئن تينا أنه وطئ غير نسائه وإن لاعنهن أو ظاهر أو كذب تينا أن ذلك كان في غير زوجته وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بهن في العدة تينا أنها زوجته فوقع الطلاق بها وكان طؤها لها وطئ المطلقة وإن كانت المطلقة غيرها فوطؤها لها وطء لامرأته وكذلك ان كان طؤها لها قبل طلاقها، وإن طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل في عدتهن ولم تسلم البواقي تعينت لزوجة في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا أسلم البواقي فله أن يتزوج بهن لأنه لم يقع طلاقه بهن

(فصل) وإذا أسلم ونحته ثمان نسوة فألم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقي فان مات اللاتي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لأن الاختيار ليس بمقد وأما هو تصحيح العقد الاول فبهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وإن أسلمت واحدة منهن فقال اخترتها جاز فاذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وإن قال لا سلامة اخترت فدخ نكاحها لم يصح لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع والاختيار للأربع وهذه من جملة الأربع إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لأنه كناية ويكون طلاقه لها اختياراً لها، وإن قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لأنه ليس

مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فداءهم لأن الولد ينفذ حر الأصل فلم يضمه لبيده لأنه لم يملكه وعنه أنه يقال له انقضاء أولاده وإلا فهم يتبعون الأم، فظاهر هذا أنه خيرهم بين فداءهم وبين تركهم رقيقاً لأنهم رقيق بحكم الأصل فلم يلزمه فداءهم كما لو وطئها وهو يعلم رتاً، قل الخلال اتفق عن أبي عبد الله أنه يذني ولده وقاله إسحاق عنه في موضع أن الولد له وليس عليه أن يذنيهم، وأحسبه قولاً لأبي عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لفناء الصحابة به ولأنه بما الأمة المملوكة فبيده أن يكون مملوكاً لما لها وقد فوت رقه باعتقاد الجرية فلزمها ضمانهم كما لو فوت رقبهم بفعله وفي فداءهم ثلاث مسائل (الإدلى) في وقته وذلك حين ضم الولد قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس وهو قول الشافعي، وقال أبو بكر والثوري وأصحاب الرأي يضمهم بقيمتهم يوم الخصومة لأنه إنما يضمهم بالمنع ولم يمنعهم إلا حال الخصومة

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمه حينئذ لأنه قال رقه من حينئذ ولأن القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك إلا أنه لم يضمها كما بعد الخصومة فان قيل فقد كان محكوماً بحريته وهو جنين قلنا أنه لم يكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع على فأوجبت ضمانه في أول حال أمكن تضمينه وهو حال الوضع

بوقت للاختيار لأنها جارية الى بينونة فلا يصح إمساكها وان فسخ نكاحها لم يفسخ لانه لما لم يجهز الاختيار لم يجهز الفسخ وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو وقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها والا فلا

(فصل) وان قال كذا أسلمت واحدة اخترتها لم تصح لان الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح فيه غير معنى وان قال كذا أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لان الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع ، وان أراد به الطلاق فهو كما لو قال كذا أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيارها فكما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه والثاني لا يصح لان الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) واذا أسلم ثم أحرم بمسح أو محرمة ثم أسلمن منه الاختيار لان الاختيار استدانة النكاح وتعيين المنكحة فليس ابتداء له ، وقال افاضي ليس له الاختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ولنا أنه استدانة نكاح لا يشترط له رضا المرأة ، ولا ولي ولا شهرد ولا يتجدد به مهر فجاز له في الاحرام كالرجعة

(فصل) واذا أسلمن معه ثم تبين قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعاً فيكون له ميراثهن ولا يرث

(المسئلة الثانية) في صفة النداء وفيها ثلاث روايات (إحداهن) بقيتهم وهو أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ « من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه نصيب شريكه » ولان الحيوان من المنقومات لا من ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيته كما لو أتف (والثانية) يضمنهم بمثلهم عبيداً الذكر بذكر والانثى بانثى لما روى سعيد بن المسيب قال : بنت جارية لرجل من العرب وانتت الى بعض العرب فزوجها رجل من بني عذرة ثم ان سبدها دب واستاقها واستاق ولدها فاخضعوا الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقفى المذربي بقاء ولده يعني غرة مكان كل غلام بفلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقول غرة على أهل القزى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المفزور حر فلا يضمن بقيته كسائر الاحرار فلي هذه الرواية ينبغي ان ينظر الى مثاهم في الصفات تقريبا لان الحيوان ليس من ذوات الامثال ويحتمل ان يجب مثاهم في القيمة وهو قول أبي بكر (والثالثة) هو مخير بين فدائهم بمثاهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية اليموني اما القيمة أو رأس برأس لانها جميعاً يرويان عن عمر ولكن لأدري أي الاسنادين أقوى ؟ وهذا اختيار أبي بكر قال في المقتب القدية غرة بقدر القيمة أو القيمة وايها اعطى أجزاءً ووجه ذلك انه تردد بين الجنين الذي يضمن بشرة وبين الحائض بشرة من المضمونات فاقضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المنقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر فاذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع الى القياس

الباقيات لانهن ليس بزوجات له ، وان مات بعضهن فله الاختيار من الاحياء ، وله الاختيار من الميتات وكذلك لو أسلم بعضهن فتن ثم أسلم البواقي فله الاختيار من الجميع ، فان اختار الميتات فله ميراثهن لانهن متن وهن نساؤه ، وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لانهن أجنبيات وان لم يأسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن ، وان وطئ الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعا منهن فليس لمن الا المسمى لانهن زوجات واسأرنه المسمى بالعقد الاول ومهر المثل لاوطء الثاني لانهن أجنبيات وان وطنهن بعد اسلامهن فالموطوءات اولاهن المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرناه

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو أسلم ونحته اختان اختار منهما واحدة)

هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وابي عبيد ، وقال ابو حنيفة في هذه كفو له في عشرة نسوة .

ولنا ما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يارسل الله اني أسلمت ونحتي اختان قال « طلق أيهما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ، ولان أنكحة الكفار صحيحة وإنما حرم الجمع في الاسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق احدهما قبل اسلامه ثم أسلم والاخرى في حباله وهكذا الحكم في المراتع منها أو خاتمتها لان المعنى في الجميع واحد

(المسئلة الثالثة) فيمن يضمن منهم ومن ولد حيا في وقت يعيش لثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور واصحاب الرأي لاضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا ينبغي على وقت وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش لثله وهو دون ستة اشهر فلا ضمان له لانه لا قيمة له .

(فصل) في المهر ولا يخلوان يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولا فان كان ممن يجوز له ذلك وقد نكحها نكاحا صحيحا فاما المسمى فان كان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ لمذر من جهتها فهي كالمبيعة يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز لهم نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه ان كان قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين يذكر ان في الواجب في النكاح الفاسد ان شاء الله تعالى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير اذن سيدها أو نحو ذلك عما يفسد به النكاح

(الفصل الرابع) انه يرجع بما غرمه على من غره من المهر وقيمة الاولاد وهو اختيار الحنفي ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم وفيه رواية أخرى لا يرجع بالمهر اختاره أبو بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور واصحاب الرأي والشافعي في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نعم وصل اليه وهو الموطء فلم يرجع به كالأشترى

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركة أختها ثم أسلما في عدة الاولى فله أن يختار منهما لانه أسلم ونحوه أختان مسلمات وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعا سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني وإذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لانها انفردت به (فصل) وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمنا معه فاختار احدهما لم يطأها حتى تنقضي عدة أختها للثلا يكره. واطنا لأحد الأختين في عدة الاخرى ، وكذلك اذا أسلم ونحوه أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثانيا فاختار أربعا منهن وفارق أربعا لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات للثلا يكون واطنا لأكثر من أربع ، فان كن خمسا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، فان كن ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات ، فان كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قيس المذهب .

(فصل) وإذا تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمنا معا قبل الدخول فاختار احدهما فلا مهر للاخرى لاننا تبينا أن الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهرأ كما لو فسخ النكاح لغيره في احدهما ولانه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسي أخته

منصوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فانه لم يحصل في مقابلته عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الولد له لا لايه وقال القاضي الا ظهر انه لم يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت اذهب الى حديث علي ثم اني هبته وكأني اميل الى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الاصل يرجع باجرة الخدمة اذا غرمها قال شيخنا ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا اذا ثبت هذا وكان الغرور من السيد عتقت وان كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في ان يجب له ما يرجع به عليه وان كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال وكذلك ان كان من اجنبي وان كان منها فليس لها في الحال مال فيخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير اذن سيده هل يتعلق بربقته او بذمته يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الحرقي انه يتعلق بذمتها لانه قال في الامة اذا خالعت زوجها باذن سيدها يتبعها به اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه وظاهر كلام احمد ان الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فقلت امرها رجلا فزوجها على انها حرة فالفداء على من غره يروى هذا عن علي وابراهيم وحامد وكذلك قال الشعبي وان قلنا يتعلق بها فالسيد غير بين فدائها بقيمتها ان كانت اقل مما يرجع به عليها أو تسليمها فان اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في ان يوجب عليه ثم يرد له اليه وان اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب

ثم أسلما قبل الدخول وهكذا الحكم فيما زاد على الأب إذا أسلما جميعا قبل الدخول فاختر أربعا وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لمن لما ذكرنا والله أعلم

(مسئلة) قال (وان كانتا أما وبنتا فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول فسد نكاح الام وان كان دخل بالام فسد نكاحهما)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) اذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فانه يفسد نكاح الام وبنت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المازني ، وقال في الآخر يختار أيهما شاء لان عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصعة اذا انضم اليه الاختيار ، فاذا اختار الام فكأنه لم يعقد على البنت .

ولنا قول الله تعالى (وأهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ، ولانها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركة ، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها اذا أسلم فاذا لم يطبقها وتمسك بنكاحها أولى ، وقولهم إنما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصعة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فوض اليه الاختيار وهنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وإنما اختصت الام بفساد نكاحها لانها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأيد فلم يمكن اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأما فتمين النكاح فيها بخلاف الاختين

له وقال القاضي ان الضرر الموجب الرجوع ان يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد فيقول زوجته على أنها حرة وان لم يكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا فان الصحابة الذين قضا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الضرر ولم يستفصلوا الظاهر ان العقد لم يقع هكذا ولم تجز به العادة في العقود ولا يجوز قضاؤهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الضرر قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولانه متى اخبره بحريتها أو أوعمه ذلك يقرائن تغلب على ظنه حريتها فتكسحها على ذلك ودرغ فيها واصدتها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضربناء على قول الخبر له والغار فتجب ازالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره واضربه فعلى هذا ان كان الضرر من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وان كان الضرر منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه

(الفصل الخامس) انه ان كان الزوج ممن يحرم عليه نكاح الاماء فانه يفرق بينهما لانا نينا ان النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا ان كان زوجها بغير اذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ما ذكرنا وان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت لإشراط مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا

(الفصل الثاني) إذا دخل بها حرمتا على التأييد الأم لأنها أم زوجته والبنت لأنها ربيته من زوجته التي دخل بها، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقنادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشامي ومن تبعهم، وإن دخل بالأم وحدها فكذلك إن البنت تكون ربيته مدخولا بأما والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتها وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكح أمها كما لو لم يدخل بها، ولو لم تسلم معه إلا إحداها كان الحكم كما لو أسلمتا معه معاً فإن كانت المسلمة هي الأم فهي محرمة عليه على كل حال، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأما ثبت نكاحها وإن كان دخل بأما فهي محرمة على التأييد، ولو أسلم وله جاريتان إحداها أم الأخرى وقد وطئها جميعاً حرمتا عليه على التأييد وإن كان قد وطئ إحداها حرمت الأخرى على التأييد ولم تحرم الموطوءة وإن كان لم يطأ واحدة فله وطأ أيتها شاء فإذا وطئها حرمت الأخرى على التأييد والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (ولو أسلم عبد وتحت زوجته قد دخل بهما فأسلمتا في العدة فهما زوجته ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)

وجملة ذلك أن حكم العبد فيما زاد على اثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع فإذا أسلم وتحت زوجته فأسلمتا معه أو في عتقهما لزم نكاحهما حرتين كانتا أو أمين أو حرة وأمة لأنه له الجم بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين أيتهن شاء على ما مضى في الحر

معنى قول الخرقى وظاهر مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة لا خيار له لأن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة ولأنه يملك الطلاق فيستغنى به عن الفسخ

ولنا أنه عقد غرقه أحد الزوجين بحرية الآخر فيثبت له الخيار كالأخر ولأن الكفاءة وإن لم تعتبر فإن عليه ضرراً في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة، فالطلاق فلا يندفع به الضرر فإنه يسقط نكاح المسمى والفسخ يسقطه جميعه فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لأنه يحمل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو زقيق لسيدتها لأن المانع من زهم في الفرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ولو وطئها قبل العلم فعاقبت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لأنه وطئها معتقدا حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتق نصفها كالامة القن لأنها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد يقوم كأنه عبده حكم أنه وكذلك من اعتق بعضها إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه الافداء ما فيه من الرق لأن بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الواطئ فإن كانت مكاتبه فكذلك إلا أن مهرها لها لأنه من كسبها وكسبها لها ونجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة قال أبو بكر ويكون ذلك تستعين

فلو كان نحته حرثان وأمتان فه أن يختار الحرثين أو الامتين أو حرة وأمة وليس للحررة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حرثها بذلك فلم يكن لها خيار كما لو تزوجت معييا تعلم عييه ثم أسلم . وذكر القاضي وجها أن لها الخيار لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكانه عيب حادث والاول أصح فإن الرق لم يزل عيبا ونقصا عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب

(فصل) وان أسلم ونحته أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم لزمه نكاح الأربع لأنه ممن يجوز له الأربع في وقت اجتماع اسلامهم فإنه حرء فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنين لأنه كان عبدا حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يذير الحكم كمن أسلم ونحته أمة فأسلمن معه ثم أبسر ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجوز الا اثنتين لأنه ثبت له الخيار بالاسلام والاولين

(فصل) وان تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلنفسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وإنما لم يكن الفسخ وان كن جاريات الى بينونة لأنه قد بسلم فيقطع جريانهن الى بينونة فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باختلاف الدين من حين أسلمن وان أسلم في الغدة بن لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لأنهن هننا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة به في كتابتها فان كان الفرور منها فلا شيء لها اذ لا فائدة في إيجاب لها يرجع به عليها وان كان الفرور من غيرها غرمه لها ورجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ويثبت بالبينة فان أقرت أنها أمة فقال أحمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها باقرارها لأن اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقاً على غيرها فلم يقبل كاترارها بمال على غيرها وقال في رواية حنبل لا شيء حتى تثبت له أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل اقرارها لأنها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير المزوجة والاول أولى ولا نسلم انه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد اقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) فان حملت المفرور بها فضرها ضارب قالقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لأنه محكوم بحريته ویرها ورثته فان كان الضارب أباه لم يرثه ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لأنه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ويحتمل ان يجب له عشر قيمة أمة لأن الواطيء قوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب ذلك له

(فصل) ويثبت له الخيار اذا ظن أنها حررة فبانت أمة كما اذا شرط ذلك وقال الشافعي لا خيار له ووافقاه فيما اذا ظن أنها مسلمة فبانت كافرة أنه يثبت له الخيار وقال بعضهم فيها جميعا قولان ولنا أن نقص الرق اعظم ضررا فإنه يؤثر في رق ولده ومنع كمال استمناعه فكأن له الخيار كما لو كانت كافرة

التي يمكن الزوج تلافى النكاح فيها وأشبهن الرجعة فإن أئمن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ لأن تركهن للفسخ اعتماد على جريانهم لينونة فلم يتضمن الرضى بالنكاح كالرجعية إذا عتقت وأخرت الفسخ ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فأخترن الفسخ صح لأنهن إماء عتقن تحت عبد. وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال بعضهم لا خيار لمن لانه لا حاجة بين إلى الفسخ لكونه يحصل بإقامتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس بصحيح فإن السبب متحقق وقد يبدو لمن الإسلام وهو واجب عليهن، فإن قيل فإذا أسلمن أخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فإن ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكت الفسخ فيها إذا أسلمن وعتقن قبله

فما إن أخترن المأثم وقلن قد رضينا بالزوج نذكر التناهي أنه يسقط خيارهن لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الإقامة كحالة اجتماعهم على الإسلام، وقال أصحاب الشافعي لا يسقط خيارهن لأن اختيارهن الإقامة ضد للحالة التي هن عليها وهي جريانهم إلى لينونة فلم يصح كما لو أرادت الرجعية فراجعا الزوج حال ردها وهذا يبطل بما إذا قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم عتقت فأخترت زوجها

(فصل) وإذا أسلم الحر وتحمته إماء فأعتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الإماء لانه مالك لعصبة حرة حين اجتماعها على الإسلام، وإن أسلمت إحداهن معه ثم أعتقت

(مسألة) (وإن كان المفرور عبدا فولده أحرار ويقدمهم إذا أعتق ويرجع به على من غره) وذلك أن حكم العبد المفرور حكم الحر في حرية أولاده، وقال أبو حنيفة ولده رقيق لأن أبويه رقيق ولا يصح ذلك لانه وطئها معتقداً حريراً فأشبه الحر فإن هذا هو العلة المقتضية للحرية في محل الوقف ولولا ذلك لكان رقيقاً قات علة رق الولد رق الام خاصة ولا عبرة بالاب بدليل ولد الحر من الامة، وولد الحر من العبد، وعلى العبد قداؤهم لانه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يتعلق برقبته كجنايته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق وهو قول الحر في فيكون بمنزلة الخلع من الامة إذا بذلته بغير إذن سيدها وتفارق الاستدانة والجناية لانه إذا استدان ألتف مال الغرم فكان جناية منه وههنا لم يحسن في الاولاد جناية وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل لهم منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يفرمه فانه لا ينبغي أن يجب له بذل مالم يثبت عليه. وأما الحرية فتتبع في الحال وإن قلنا أن الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار كشوته للحر الذي يعمل له نكاح الاماء لان عليه ضرراً في رق ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تكون عنده ليلاً ونهاراً ولم ترض به ويحتمل أن لا يثبت له خيار لانه نقص صفة لا ينقص بها عن رقبته فأشبهه مالو شرط نسب امرأة فأنت بخلافه لأنها مساوية لنسبه بخلاف تحرير الحر وقال بعض الشافعية لا خيار له وقال بعضهم

ثم أسلم البواقي فيه أن يختار من الاماء لان العبرة بحال الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام، وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة

(فصل) ولو أسلم تحت أربع اماء، وهو عادم الطول خائف لا عنت فأسلمن معه فله أن يختار منهن واحدة فان كانت لا تعفه فله أن يختار منهن من تعفه في إحدى الروايتين، والاخرى لا يختار إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي وتوجيهها قدمضي في ابتداء نكاح الاماء، وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولا يمكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور له أن يختار منهن لانه استدانة العقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط له شروط العقد فأشبه الرجعة

ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام لم يملك اختيارها كالعقدة من غيره وكذوات محاربه، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح إلى اليقونة وهذا اثبات النكاح في امرأة وان كان دخل بين ثم أسلم ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذلك، وقال ابو بكر لا يجوز له ههنا اختيار بل بين بمجرد اسلامه اثلا يفضي الى استدانة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة بمنزلة اسلامهن معه ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن في عدتهن كان ذلك كاسلامهن معه وان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن سواء كن كنيات أو غير كنيات لانه لا يجوز له استدانة النكاح في أمة كتابية

فيه قولان والاولى ما ذكرناه واذا احتار الاقامة فالمرء واجب لا يرجع به على أحد وان احتار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمرء واجب عليه وفي الرجوع اختلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بنير لاذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب به وجهان (أحدهما) مهر المثل (والثاني) الخمسان وهل يرجع به؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجت المرأة عبدا على أنه حر أو ظنته حراً فإن عبداً فلها الخيار)

اما النكاح فهو صحيح وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كانت شروط النكاح وكان باذن سيده وان كانت المرأة حرة وقتنا الحرة ليست من شروط الكفاءة وان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح ولان للمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت فلا وليا لها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة وان كانت أمة فينبغي ان يكون لها الخيار أيضا لانه لما ثبت الخيار للعبد اذا غر من أمة ثبت للامة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد به ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق.

(نصل) ولو أسلم وهو واجد للطول فلم يسلّم حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار منهن لأن شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار وهو وقت اجتماعهم على الاسلام وهو حينئذ عادم للطول خائف لغت فكان له الاختيار، وان أسلم وهو معسر فلم يسلّم حتى أبسر لم يكن له الاختيار لذلك وان أسلمت واحدة منهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد اعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئاً لأن وقت الاختيار دخل بالاسلام الا ترى انه لو كان معسراً كان له اختيارها فاذا كان موسراً بطل اختياره وان أسلمت الاولى وهو معسر فلم تسلم البواقي حتى أبسر لزم نكاح الاولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الاولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختار حتى أبسر كان له أن يختار لان حال ثبوت الاختيار كان له ذلك فخير حاله لا يسقط ما ثبت له كما لو تزوج او اختار ثم أبسر لم يحرم عليه استدامة النكاح

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلمن كاهن فكذلك إذا أسلمت وحدها، وان أحب انتظار البواقي جاز لان له غرضاً صحيحاً وهو أن يكون منهن من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً وان البواقي منذاختلف الدينان، وان أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار، وعددهن من حين الاختيار وان أسلم

(فصل) فان غرها ينسب فبان بدونه وكان ذلك مخلاً بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلا ولياؤها الاعتراض عليها وان لم تخل بالكفاءة فلا خيار لها لان ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطته فقها فبان بخلافه وكذلك ان اشترطت غير النسب فان كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير بمكافيء لها في النسب وان لم يعتبر في الكفاءة كالفققة والجمال واشباه ذلك فلا خيار لها لان ذلك مما لا يؤثر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه وذلك انه اذا بان نسبه دون ما ذكره وجه في ثبوت الخيار لها وان لم تخل بالكفاءة والاولى ما ذكرناه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان عتقت الامة وزوجها حر فلا خيار لها في ظاهر المذهب) هذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق، وقال طاووس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحامد ابن ابي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير برة وكان زوجها حراً رواه النسائي ولانها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً وروي عن أحمد ذلك .

ولنا أنها كفأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكنتانية تحت المسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج برة كان عبداً وهما أخص بها

بعضهم دون بعض بان اللائي لم يسلن منذ اختلاف الدينان والبواقي من حين اختاره وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها فان أسلم البواقي في العدة تبين انهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ وان لم يسلن بن باختلاف الدين وعدتهن منه وان طلق التي أسلمت معه طلق وكان اختياراً لها وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً لان إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها فاما ان اختار ففسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلن معه فما زاد العدد على ماله اذ اياه في هذه الحال ولا يفسخ النكاح ثم ننظر فان لم يسل البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن فاختر منهن واحدة انفسخ نكاح البواقي والأولى مصح وان اختار الأولى التي ففسخ نكاحها صح اختياره لما لان ففسخه لنكاحها لم يصح وفيه وجه آخر ذكره القاضي أنه لا يصح اختياره لما لان ففسخه إنما لم يصح مع إقامة البواقي على السكفر حتى تنقضي العدة لانهما قد تبين أن نكاحها كان لازماً فاذا أسلمن لحق اسلامهن بذلك الحال وصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فاذا فسخ نكاح احداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها وعذا يبطل بما لو فسخ نكاح احداهن قبل اسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل إسلامهن الموجد في الثاني كالوجود سابقاً كذلك ههنا

(فصل) فان أسلم وتحتها ماء وحره ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كمن فانه يلزم نكاح الحره وينسخ نكاح الاماء لانه قادر على الحره فلا يختار أمة وقال أبو ثور له أن يختار وقد مضى الكلام به (الثانية) أسلمت الحره معه دون الاماء فقد ثبت نكاحها وانقضت عصمة الاماء

من الاسود لانهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الاسود عن ابراهيم عن عروة عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعاضت روايتاه وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قال في زوج بريرة انه عبد برواية علماء المدينة وعلمهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء وأما يصح حر أعن الاسود وحده فاما غيره فليس بذلك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالاختلاف فيه والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه، وبخلاف الحر العبد لان العبد ناقص فاذا كملت صحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(مسئلة) (وان كان عبداً فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه حديث بريرة قالت عائشة كانت بريرة نفيها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها وكان عبداً فاخترت نفسها قال عروة ولو كان حراً ما خيرها رواه مالك وابو داود والبيهقي ، ولان عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فان اختارت الفسخ فلها فراقه وان رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لانها استقطبت حقها وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله

فإن لم يسلمن حتى اتفقت عدتهن بن باختلاف الدين وابتداء عدتهن من حين أسلموا وان أسلمن في عددهن ابن من حين اسلام الحره وعددهن من حين اسلامها فإن مانت الحره بعد اسلامها لم يتغير الحكم بموتها لأن موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في إباحتهن (الثالثة) أسلم الاماء حون الحره وهو معسر فلا يخلو إما أن تنقضي عدتها قبل اسلامها فتبين باختلاف الدين وله أن يختار من الاماء لأنه لم يقدر على الحره أو يسلم في عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الاماء كالمسلمين دفعة واحدة وليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وقضاء عدتها لأننا لا نفعل أنها لا تسلم فإن طلق الحره ثلاثا قبل اسلامها لم تسلم لم يتم الطلاق لأنها نتيينا أن النكاح انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء وان أسلمت في عدتها بأن أن نكاحها كان ثابتا وان الطلاق وقع فيه والامام ابن بنبوت نكاحها قبل الطلاق .

(فصل) وان أسلم ونحته إماما وحره فأسلمن ثم عتقن قبل اسلامها لم يكن له أن يختار منهن لأن نكاح الامة لا يجوز لفاد على حره وإنما يعتبر حاله من حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه واسلامهن ثم ننظر فإن لم تسلم الحره فله الاختيار منهن فلا يختار الا واحدة اعتبارا لحالة اجتماع اسلامه واسلامهن وان أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتها فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحره ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لأن الاختيار لا يكون موقفا فأما إن

(مسئلة) (ولها الفسخ بنفسها من غير حاكم) لانه فسخ محم عليه غير مجتهد فيه فلا ينتقل إلى حكم حاكم كالرد باليب في الميم بخلاف خيار العيب في النكاح فانه مجتهد فيه فافترق إلى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار ودوى الحسن عن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يتحدثون عن النبي ﷺ انه قال «إذا أعتقت الامة فعي بالخيار ما يبأها إن شئت فارتقن فان وطئها فلا خيار لها» رواه الامام أحمد في المسند (فصل) فإن اختارت الفراق كان فسخا ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والحسن بن صالح والشافعي وذهب مالك والاوزاعي واليبث إلى انه طلاق بائن ، قال مالك إلا أن نطاق نفسها ثلاثا فطلاق ثلاثا ، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثا فلم يبلغنا ان أحدا من الصحابة أنكروا ذلك ولأنها تلك الفراق فلكم الطلاق كالرجل

ولنا قول النبي ﷺ «الطلاق ان أخذ بالساق» ولأنها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من ينفسخ نكاحه برضاءها وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انشأه في الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسي ونوت المارقة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي معناه فصل كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق

(مسئلة) (فإن أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها)

أما إذا أعتق الزوج قبل خيارها سقط لان الخيار لدفع الغرر بالرق وقد زال بعته فسقط كالبيع

اعتن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فان كان جميع الزوجات أربعا فمادون ثبت نكاحهن وان كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا ويطلق عصمة الخامسة لانهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الاصليات وكما لو اعتن قبل اسلامه واسلامهن ولو أسلمن قبله ثم اعتن ثم أسلم فكذلك ومن الحكم في هذا كما لو أسلم وتحت خمس حرائر أو أكثر على ما سر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحت خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحدهما لانه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منها فلا معنى لانتظار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية وكذلك أن لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع وان أسلم الجميع في العدة كاف أن يختار ثلاثا مع التي اختارها أولا وينسخ نكاح الباقية، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كاف اختيار اثنتين وان أسلم معه أربع كاف اختيار ثلاث منهن إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال . ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لانه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك . وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا والصحيح ههنا أن يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا

إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي ، وإن وطئها بطل خيارها علت بالخيار أو لم تعلم انهن عليه أحمد واختاره الحرقى وروى ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة ونافع والزهرى وقنادة وحكام بعض أهل العلم عن قها . الشيعة وذكر القاضي أن لها الخيار إذا لم تعلم فإن أصابها بعد عليها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وسداد وشوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل عليها لم يوجد منها ما يدل على الرضى فهو كما لو لم نصب، ووجه الاول ما تقدم من حديث عمرو بن أمية ، وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة ابني عدي يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد فعتقت قالت فأرسلت الى حمنة فدعتني فقالت إن أمرك بيدك مالم يمسك زوجك وإن مسك فليس لك من الامر شيء . فقالت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا ، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن لها الخيار مالم يمسا ، ولانه خيار عيب فيسقط بالنصرف فيه ثم الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول . فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها، شل أن يستقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم ذلك وإن كانت ممن لا يخفى عليها لكونهما في بلد واحد واشتهر ذلك لم يقبل قولها لانه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لان ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس فالظاهر صدقها وللشافعي في قبول قولها قولان .

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته وان كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها)

وجملة ذلك انه اذا أسلم زوج الكناية قبل الدخول أو بعده أو اسما معا فالتكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي لان المسلم أن يتدعى نكاح كتابية فاستدامته اولى ولا خلاف في هذا بين القائلين باجازه نكاح الكناية، فأما ان اسلمت الكناية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي اذ لا يجوز للكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من تحفظ عنه من اهل العلم ، وان كان اسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيها او أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم فاذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها لان الفسخ منها وقد مضى الكلام في هذا ايضا بما فيه كفاية

(فصل) واذا تزوج المجوسي كناية ثم ترافعا اليها قبل الاسلام فرق بينهما . قال احمد في مجوسي تزوج كناية بحال دينه وبينها قبل من يحل بينا وبين ذلك قال الامام ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وان لم يترافعا اليها لأنها أعلى ديناً منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذي نكاح المسلمة . وان تزوج الذي وثنية او مجوسية ثم ترافعوا اليها فثنية وجهان [أحدهما] بقر على نكاحها لأنها ليست أعلى ديناً منه فيقر على

﴿مسئلة﴾ (وخيار المعتقة على التراخي ما لم يوجد منها ما يدل على الرضى ولا يمنع الزوج وطأها)
ومن قال انه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهري وقتادة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم وللشافعي ثلاثة أقوال أظهرها كقولنا والثاني انه على الفور كخيار الشفعة، والثالث أنه إلى ثلاثة أيام . ولنا ما روى الامام احمد بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يحدثون عن رسول الله ﷺ أنه قال « إذا أعتقت الأمة فهي بالخيار ما لم يطأها إن شاءت فارقت وان وطأها فلا خيار لها » ورواه الاثرم أيضا . وروى أبو داود وأبو داود أن بريرة عتقت وهي عند ميث عبد الله بن أبي حمزة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وقال لها « ان قربك فلا خيار لك » ولانه قول من سمينا من الصحابة قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصجابة ولان الحاجة داعية الى ذلك ثبت الخيار كخيار القصاص أو خيار ادفع ضرر متحقق فأشبه ما قلنا

﴿مسئلة﴾ (فان كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت أو عقلت)

ولا خيار لها في الحال لانه لا عقل لها ولا قول منتهر ولا يملك وليها الاختيار عنها لبس له هذا طريقة الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلها الخيار حيثئذ . لكونهما صارا على صفة لكل منهما حكم وهكذا الحكم لو كان عند زوجتيهما عيب يوجب الفسخ

نكاحها فلا يقر اقدمي على نكاحها كالمرتدة

حراما ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك)

للدخول وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك وهذا قال الشافعي وأبو يوسف

العاقبة ولا عنهم زوجاتهما من وطنهما .

(مسئله) (وان طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق وبطل خيارها)

فكاح مفسوخ وكذلك إن طلق الصغيرة أو المجنونة بعد العلق

ولنا أنه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم يختز والفسخ إنما يوجب الفرقة من حينه لانه سببها ولا يجوز تقديم الفرقة عليه اذ الحكم لا يتقدم سببه ولان المدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العلق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح ثبت به الاحسان والاحلال للزوج الاول، ولو كان الفسخ سابقا لانكسرت الحال قول القاضي انه يبطل عتقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع وجوب نصف المهر وتقصير المدة

وقال أبو حنيفة ان كان صداقها خيراً أو خبزيراً معينين فليس لها الا ذلك وان كانا غير معينين فلها في الخبز القيمة وفي الخبز مهر المثل استعسانا
ولنا ان الخبز لا قيمة لها في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خبزيراً
ولانه محرم ما شئنا ما ذكرنا

(فصل ١) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بمحض ما بقي من مهر المثل ، فان كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية بقيت خمسة منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وان كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لانه اذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيماله مثل بتأني الكيل فيه

(والثاني) يقسم على عددها لانه لا قيمة لها فاستوى صغيرها وكبيرها ، وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه كما تقوم شعاع الحر كأنه عبد ، وإن أصدقها بكياً وخبزيراً وثلاثة زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها مندم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس المهر فلكل سبعة واحد واحد من الخبزيرين ولزقاق سدس ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا

عليها فان ابتدأها من حين طلاقه لا من حين فسخه ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع وان لم يخرق الفسخ كما لا يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما اذا كان الطلاق بائناً فان كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما نذكر فيما بعد ، فعلى قولهم اذا طلقت قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بائنة بالفسخ وان لم تفسخ فلها نصف الصداق لأنها بائنة بالطلاق (مسئلة) (وان أعتقت الامة الرجعية فلها الخيار)

لان نكاحها باق يمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فانها لا تأمن رجعه اذا لم تفسخ ، فان قيل ففسخ حينئذ قلنا اذا احتاج الى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها فهو كما لو طلقها طلقه أخرى وتبني على عدة حرة لأنها عتقت في عدتها وهي رجعية (مسئلة) (فان اختارت المقام فهل يبطل خيارها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يبطل وهو قول الشافعي لأنها جارية إلى بينوته (والثاني) يبطل اختيارها لأنها يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصاحب النكاح وهو اختيار شيخنا وان لم يغير شيئاً لم يبطل خيارها لانه على التراخي ولان سكوتها لا يدل على رضاها لانه يحتمل أنه كان تحريراً بها إلى بينوته اكتفاء منها بذلك فان ارجعها فلها الفسخ حينئذ وان فسخت ثم عدت فزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لان طلاق العبد اثنان وان تزوجها بعد ان عتق رجعت معه على طلقين لانه صار حراً فذلك ثلاث طلاقات كسائر الاحرار .

(فصل) فان نكحها نكاحا فاسداً وهو مالا يقرون عليه اذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسدا قبل الدخول أو ترافعا البنا فرق بينهما ولا مهر لها ، قال أحمد في الميوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فترفع إلى المسلمين بطالب مهرها لا مهر لها وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقرب عليه في الإسلام وحصل فيه الفرقة قبل الدخول ، فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل؟ يخرج على الروايتين في لمسلم اذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) اذا تزوج ذي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه ان كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان تزوجها على أن لا مهر لها فلا شيء لها وان سكت عن ذكره ففيه روايتان (احدهما) لا مهر لها والاخرى لها مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها وقد أسقطت حقها والذي لا يطالب بحق الله تعالى . ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب المرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وإنما وجب المهر في حق المفوضة لئلا نصير كالموهوبة والمباحة وهذا يوجد في حق الذي

(فصل) اذا ارتفعوا إلى الحاكم في ابتداء العقد لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقوله (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولأنه لا حاجة

(مسألة) (وتنتي اختارت المعتقة الفسخ بعد الدخول فالمر لا سيد)

وجملة ذلك أن المعتقة متى اختارت الفسخ مع زوجها قبل الدخول أو بعده فالمر لا سيد وكذلك إن اختارت الفسخ بعد الدخول لأنه وجب بالعقد وإن اختارت الفسخ ولم يوجد له سقط فأنفسخت بعد الدخول فقد استقر المهر بالدخول فلم يسقط بشيء وهو السيد في الحالين لأنه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العقد أو بعده وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العقد فكذلك وان كان بعده فالواجب مهر المثل

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح انصل به الدخول قبل الفسخ وأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لأنها حرة حينئذ ، ولو لم يكن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح لأنه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الإحلال للزوج الأول وكونه حلالاً .

(مسألة) (وان اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها)

نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أن السيد نصف المهر اختاره أبو بكر لأنه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

(المغني والشرح الكبير)

(٧١)

(الجزء السابع)

الى عقد بخلاف ذلك ، وإن أسلموا وترافعوا اليها بعد العقد لم تتعرض لكيفية عقدهم ونظرنا في الحال فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداءً أفرها ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداءً نكاحها كذوات محرمه فرق بينهما فإن تزوج معتدة وأسلمها أو ترافعا في عدتها فرق بينهما لأنه لا يجوز ابتداءً نكاحها وإن كان بعد انقضائها أفرها الجواز ابتداءً نكاحها وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرأ عليه لأنه إن كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فإن كان في المدة فعما لا يعتقدان تأييده والنكاح عقد مؤبد إلا أن يكونا ممن يعتقدان فساد الشرط وصحة النكاح مؤبداً فيقران عليه ، وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرأ عليه لأنهما لا يعتقدان لزومه إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلمها فيها لم يقرأ لذلك وإن كان بعدها أفرها لأنهما يعتقدان لزومه وكما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه ومالا فلا ، فلو مهر حربي حربية فوطئها أو طأعته ثم أسلمها فإن كان ذلك في اعتقادهم نكاحاً أفرها عليه لأنه نكاح فلم يمين يجوز ابتداءً نكاحها فأقرأ عليه كالنكاح بلا ولي وإن لم يعتقدا نكاحاً لم يقرأ عليه

(فصل) وأنكحة الكفار تتعاقبها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والأيلاء ووجوب المهر والتمتع والاباحة للزوج الأول والاحصان وغير ذلك وعن أجاز طلاق الكفار عطاء الشعبي والنخعي والزهري وحامد والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك .

ولما أن الفرقة جاءت من قبلها فيسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها وقوله وجب لسيده قلنا لكن بإسقاطها ولهذا سقط نصه بفسخها وجميعه بإسقاطها وردتها (فصل) ولو كانت مفوضة فنقض مهر النكاح فهو لسيده أيضاً لأنه وجب بالعقد في ملكه لا بالنقض ولذلك لو مات أحدهما وجب والمهر لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد وإن كان الفسخ قبل الدخول والنقض فلا شيء إلا على الرواية الأخرى ينبغي أن تجب المنة لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصه

(مسألة) (وإن أعنى أحد الشريكين وهو مفسر فلا خيار لها)

وقال أبو بكر لها الخيار لأن عنق المفسر لا يسري بل يعتق منها ما اعتق وباقيها رقيق فلا تكل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي وعن أحمد أن لها الخيار حكاهما أبو بكر واختارها لأنها أكل منه فلها ثرث وترث وتجب بغير ما فيها من الحرية ، ووجه الرواية الأولى أنه لا نص في المعتق بمضها ولا هي في معنى الحرية الكاملة لأن الحرية كاملة الأحكام ولأن العقد صحيح فلا يفسخ بالاختلاف فيه وهذه مختلف فيها وعن أحمد رضي الله عنه إذا عتقت وزوجها حر بهذه العلة فأما إن كان المعتق مرسراً مرسراً إلى باقيها فعتقت كلها وثبت لها الخيار

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوق كطلاق المسلم، فإن قيل لانسلم صحة أنكحهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامرأته حمالة الحطب) وقال (وامرأة فرعون) وحقيقة الإضافة تقتضي زوجية صحيحة، وقال النبي ﷺ «ولدت من نكاح لامن سفاح» وإذا ثبت محبتها ثبتت أحكامها كأحكام المسلمين، فعلى هذا إذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلم لم يقرأ عليه، وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلم فهي عنده على ما بقي من طلاقها، وإن نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثاً سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً، وإن ظاهر القمي من امرأته ثم أسلم فعليها كفارة الظهار لقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) وإن آلى ثبت حكم الإيلاء لقوله تعالى (لذين يؤلون من نسائهم)

(فصل) وبمحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله إلا أنهم يترون على الأنكحة المحرمة بشرطين (أحدهما) أن لا يترافعا البنا (والثاني) أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم لأن الله تعالى قال (فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً) فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم إذا لم يجئوا البنا ولأن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعترض عليهم في أحكامهم ولا في أنكحهم مع علمهم يستبيحون نكاح محارمهم، وقد روي عن أحمد في المجوسي تزوج نصرانية قال: يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما؟ قال الإمام قال:

(فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصدقات عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بهام مات ولم يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثلث وإن لم يكن قبضه عتق في الحال ثلثها وفي الخيار لها وجهان، فكما اقتضى من مهرها شيئاً عتق منها بتدريسه فإذا استوفى كله غنقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك، فإن كان زوجها وطئها قبل استيفاء مهرها بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطت بمكة من وطئها وعلى قول الحنفي لا يطل لأنها مكنته منه قبل ثبوت الخيار لها فشبّه ما لو مكنت منه قبل عتقها فأما أن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الحنفي لأن دخلاً للنكاح سقط به صداقها فيعجز الثالث عن كمال قيمتها ورق ثلثها ويسقط خيارها فيفضي إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لبيدها نصف المهر يعتق ثلثها إذا استوفى. وعلى قول من أسقط يعتق ثلثها

(فصل) وإن أعتق زوج الأمة لم يثبت لها خيار لأن عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح ولذلك لا تعتبر الكفاة إلا في الرجل دون المرأة، فلو تزوج امرأة مطلقاً فبانت أمة لم يكن لها الخيار ولو تزوجت المرأة رجلاً مطلقاً فبان عبداً فلها الخيار فكذلك في الاستدانة لكن إن أعتق ووجد طول الحرية فهل يطل نكاحه؟ على وجهين مضى ذكرهما

(فصل) إذا أعتقت الأمة فقالت لزوجها زوني في مري فذل قال زيادة لها دون سببها سواء كان

ابو بكر لان علينا ضرراً في ذلك يعني بتعريم أولاد النصرانية علينا وهكذا يجي . على قوله في تزويج النصراني المجوسية ويجي . على هذا القول أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر رضي الله عنه كتب : ان فرقوا بين كل محرم من المجوس ، وقل احد في مجوسي . لك أمة نصرانية يحل بينه وبينها ويجوز على يعها لان النصراني لم دين فان لك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها ، وقال ابو بكر عبد العزيز لا يجوز له وطؤها أيضا لما ذكرناه من الضرر

مسئلة (ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها ، وان كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك الا أن عليه نصف المهر)

وجهة ذلك أنه اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم إلا أنه حكى عن داود أنه لا ينفسخ بالردة لان الأصل بقاء النكاح وانا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقال تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار لانهن حل لهن ولا هم يحلون لهن) ولأنه اختلاف دين يمنع الاصابة فأوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كفر ، ثم ينظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها ، وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق ، وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر الثلث

زوجها حراً أو عبداً وسواء عتق معها أو لم يمتق نص عليه أحمد فيها إذا زوج عبده أو أمته ثم اعتقا جميعاً فقالت الأمة زدني في مهري فالزيادة للأمة لالسيد فقيل أرايت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال للأمة وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني ، وقال القاضي الزيادة لسيد المتيق في الموضين على قياس المذهب لان من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالمقدار الأول فيكون كذلك في هذه ، قال شيخنا والذي قلنا أصبح لان الملك في الزيادة حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها كسبها والموهوب لها ، وقولنا ان الزيادة تلحق بالمقدار معناه أنها تلزم وبثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقاً وليس معناه أنا تبينا ان الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها فان هذا محال لان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سيده ولو كان الملك ثابتاً للمتيق فيه حين الزويج لزمته زكاته وكان له ثأؤه وهذا أظهر من ان يطيل فيه .

مسئلة (وان عتق الزوجان معاً فلا خيار لها وعنه ينفسخ نكاحها)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك قال مشهور عنه أنه لا خيار لها والنكاح بحاله سواء أعتقها واحد أو اثنان نص عليه أحمد وعنه لها الخيار لانها كملت بالحرية تحت من لم يسبق له حرية

﴿مسئلة﴾ قال (وان كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها، وان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد فلم يعد الى الاسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان)

اختلفت الرواية عن احمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافهما فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي أحدهما تتعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك، وروى ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لأن ما أوجب فسخ النكاح استمرى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فها على النكاح، وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ تقدم به الفرقة فإذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الإصابة فلا يوجب فسخه في الحال كالسلام الحربية فحسمه، الحربي، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع، فأما النفقة فإن قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها لأن البائن منه وإن قلنا ينقض على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها لأنها لا تسبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة وان كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية

فلست الفسخ كما لو عتقت قبله، والاول أولى لان حرية البعد لو طرأت بعد عتقها منع فإذا قارنت كان أولى أن يمنع كالسلام الزوجين، وعنه رواية ثالثة ان أعتقا انفسخ نكاحهما لان الفسخ معنى يزيل الملك عنهما لا الى مالك فجاز ان تقع به الفرقة كاللوث ولأنه لا يمتنع أن لا تحصل الفرقة بوجوده من أحدهما أو تحصل بوجوده منهما كاللعان والافالة في البيع. قال شيخنا: معناه والله أعلم أنه إذا ذهب لبعد سرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقهما جميعاً صاروا حريين وخرجت عن ملكه فلم يكن له أصابها إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن ذهب عبده سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد، واحتج احمد بما روى عن نافع عن ابن عمر ان عبد الله كان له سريتان فاعتقها وأعتقه فنهاه ان يقربها إلا بنكاح جديد ولأنها باعتاقها خرجت عن ان تكون مملوكة فلم يبيع له التسري بها كالحرة الاصلية، وأما اذا كانت امرأة فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ باعتاقها وحدها فلأن لا ينفسخ باعتاقهما أولى ويحتمل ان أحدنا أراد بقوله أنفسخ نكاحهما أن لها فسخ النكاح ويخرج هذا على الرواية التي تقول لها الفسخ إذا كان زوجها حراً فعتقت عنه

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة مزوجان قاردا عتقهما البداية بالرجل لثلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه، وقد روى أبو داود والاثرم بإسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فتزوجها فقالت للنبي صلى الله عليه وسلم إني أريد أن أعتقها؟ فقال لها «ابدئي بالرجل قبل المرأة»

(فصل) فإن ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم الموارث أحدهما إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وإن كان بعده فهل تعجل أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين وهذا مذهب الشافعي ، قل أحد في رواية ابن منصور إذا ارتدا معاً أو أحدهما ثم تابا أو تاب فهر أحق بها ما لم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لا يفسخ النكاح استحساناً لأنه لم يخلف بهما الدين فأشبهه ماؤ أسلماً ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كاله ، وما ذكره يبطل بما إذا انتحل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فإن نكاحها يفسخ وقد انتحل إلى دين واحد وأما إذا أسلما فقد انتحلا إلى دين الحق وقرآن عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معاً منهم وطأها فإن وطئها في عدتها وقلنا إن الفرقة تعجلت فلها عليه مهر ، مثلها لهذا الوطء مع الذي يثبت عليه بالنكاح لأنه وطئ أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً في عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لانا تبيننا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهي زوجته ، وإن ثبتا أو ثبت للمرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لأنه وطئ في غير نكاح يشبه النكاح لانا تبيننا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان ، وهكذا الحكم فيها إذا أسلم

وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل أني بدأت بعتك لثلاث يكون لها عليك خيار والله أعلم .

(باب حكم الميوب في النكاح)

(الميوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام (أحدها) ما يختص بالرجال وهو شيثان (أحدهما) أن يكون الرجل مجبواً قد قطع ذكره ولم يبق منه ما يمكن الجماع به)

الكلام في الميوب المثبتة لفسخ النكاح للمرأة والرجل إذا اختار ذلك في أربعة فصول : (أحدها) أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للعيب يجده في الآخر في الجملة وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد والشافعي وإسحاق وروي عن علي لا ترد الحرة بعيب ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه إلا أن يكون الرجل مجبواً أو عنيماً فإن للمرأة الخيار فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخاً لأن وجود العيب لا يقتضي فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر الميوب

ولنا أن الخلف فيه يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجنب والنسوة ولأن المرأة أحد الموضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصدق ، أو أحد الموضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحد الزوجين فيثبت

أحد الزوجين بعد الدخول فومأيا في العدة قبل اسلام الآخر ، فالحكم فيه مثل الحكم ههنا لما ذكرنا من التعليل فيه

(فصل) وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فان لم يسلم الآخر في العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما ، وإن أسلم الآخر منهما في العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لان حكم اختلاف الدين باسلام الاول زال باسلام الثاني في العدة ولو أسلم وتحت أ كثر من أربع نسوة فأصل من معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لانه لا يجوز أن يتقدم العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتد دونه او معه لم يكن له أن يختار منهن لذلك

(فصل) فإذا تزوج الكافر بمن لا يقر على نكاحه في الاسلام مثل ان جمع بين الاختين او بين عشر نسوة او نكح معتدة او مرتدة ثم طلقها ثلاثا لم يسلم لم يكن له أن ينكحها لاننا أجرنا أحكامهم على الصحة فيها بعقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له امساك الثانية من الاختين والحامسة المعقود عليها آخرأ

(مسئلة) قال (وإذا زوج وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وان سموا مع ذلك صداقا أيضا)

هذا النكاح يسمى الشغار فقبل انما سمي شغارا لقبه تشبيها برفم الكلب رجلا ليبول في القبيح

له الخيار باليب في الآخر كالمراة ، فاما العمى والزمانة ونحوهما فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فان قيل فالجذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فان ذلك يوجب قرة نهم من قربانه بالكلية ويخاف منه التعدي الى نفسه ولسله والجنون يخاف منه الجناية فصار كاللئيم الحسي

(الثاني) العيوب المجوزة للفسخ وهي ثمانية : اثنان يختصان بالرجل وهما الجب والسنة وثلاثة تخص المرأة وهي الفتق والقرن والعفل وثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجذام والجنون والبرص وهكذا ذكرها الحرقى ، وقال القاضي : هي سبعة جعل القرن والعفل شيئا واحداً وهو الرنق وذلك لم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك أهل الادب وحكي نحوه عن أبي بكر وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء وقال عن غيره لا يكون في الفرج عظم انما هو لم ينبت فيه وحكي عن ابي حفص ان العفل كالبرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء ، وقال أبو الخطاب الرنق أن يكون الفرج مسدوداً يعني ملتصقا لا يدخل الذكر فيه والقرن والعفل لم ينبت في الفرج فيسدده فما في معنى الرنق الا أنها نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين السبيلين وقيل انخراق ما بين غرغرة البول والمني وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة وجعل القرن والعفل شيئا

يقال شغل الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وحكي عن الأصمعي أنه قال : الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر مما يريد ، ولا يختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي ، وحكي عن عطاء وعمر بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتند التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل للمهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم ، وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر فلم يصح كما لو قال يعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي ، وقولهم أن فساده من قبل التسمية قلنا لا بل إفساده من جهة أنه وثقه على شرط فاسد أو لانه شرط عليك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للآخرى فكان ملسكه إياه بشرط انتزاعه منه ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك ، وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقاً لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل لرجل زوجه بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى

واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فإن الجذام والبرص يثيران قرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع ، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجلب والرتق يتعذر معهما الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وقائده وكذلك الغفل على قول من فسره بالرغوة

(فصل) فإن اختلفا في وجود العيب كن بجسده ياض يمكن أن يكون بهقاً أو برصاً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فإن كانت للدهي ينسب من أهل الخبرة وثقة فيشهران بما قال ثبت قوله والاحلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه » وإن اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فإن شهدت بما قال الزوج والا فالقول قول المرأة ، وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يحن في الاحيان لأن النفس لا تسكن إلى من هذه حاله إلا أن يكون مريضاً بمعنى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فإن زال المرض ودام الانغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

(مسئلة) (فإن اختلفا في إمكان الجماع بما بقي من ذكره فالقول قول المرأة)

لأنه يضمن بالقطع والاصل عدم الوطء ويحتمل أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوجه الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق . هذا لفظ الحديث الصحيح المذوق عليه ، وفي حديث أبي هريرة والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني أختك وأزوجك أختي رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد الكاح بأي ذلك كان . ولأنه إذا شرط في نكاح إحداها تزويج الأخرى فقد جعل بضم كل واحدة صداق الأخرى ففسد كما لو لفظ به ، فأما إن سموا مع ذلك صداقا فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منها مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمقصود من أحد فيما وقفنا عليه صحته وهو قول الشافعي لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه قد سمي صداقا فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الحرق لا يصح لحديث أبي هريرة وما روى أبو داود عن الأعرج أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وكنا جعلنا صداقا فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار القبيح نهى عنه رسول الله ﷺ ولأنه شرط نكاح إحداها لكاح الأخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقا بمحققه أن عدم التسمية ليس بفسد للعقد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المنسد هو الشرط وقد وجد ولأنه ساق في عقد فلم يصح كما لو قال بعتك ثوبي بعشرة على أن تبيعني ثوبك بمشرين ، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك

الغنى ولأن له ما يمكن الجماع بمثله فأشبهه من له ذكر قصير (الشافعي) أن يكون غنياً الغني هو العاجز عن ابلاجه ذكره وهو مأخوذ من عن أي اعترض لأن ذكره يمن إذا أراد ابلاجه أي يسترض قيل لأنه يمن قبل المرأة عن يمنه وشماله فلا يقصده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به وتستحق به المرأة فسخ النكاح بعد أن يضرب له مدة يخبر فيها ويعلم حاله بها ، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحامد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأدزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وشذ الحكم وداود فقال لا يؤجل وهي امرأته وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لأن امرأة أمت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : إن رفاعة طلقني فبت طلاقي فزوجت بسيد الرحمن بن الزبير وأعماله مثل هدية التوب فقال « تريدن أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته » ويدوق عسيلتك ولم يضرب له مدة

ولنا ما روى أن عمر رضي الله عنه أجل الغني سنة وروي ذلك الدارقطني عن عمرو بن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ورواه أبو حفص عن علي ولأنه عيب يمنع الوطء فأبقت الحيات كالجب في الرجل والرتق في المرأة فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فإن المدة إنما تضرب له مع اعتدائه

فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالتكاح فاسد لأنه صرح بالشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سبى صداقاً فنيه وجهان [أحدهما] تفسد التسمية ويجب مهر للثل وهذا قول الشافعي لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليه صاحبه فينقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولاً فبطل ، والوجه الذي ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال زوجتك ابنتي على ألف على أن لي منها مائة والله أعلم

(فصل) وإن سبى لأحدهما مهراً دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لأنه فسد في أحدهما ففسد في الأخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقاً لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سبى لها صداقاً رواية أن فيه تسمية وشرطاً فأشبهه ما لو سبى لكل واحدة منهما مهراً ذكره القاضي هكذا

(فصل) فإن قال زوجتك جارييتي هذه على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتهما صداقاً لا ببتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقاً سوى تزويج ابنته ، وإذا تزوج ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقاً لما صح لأن الجارية تصلح أن تكون صداقاً ، وإن زوج عبده

وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال أنني لا أعرفها عرك الأديم وقال بن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصح ذلك في قول النبي ﷺ « تريدن أن ترجعي إلى رقاعة » ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها وقيل أنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالة ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « حتى تذوقي عسيلته » والساجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

(مسئلة) (فإن ادعت ذلك أجل سنة منذ ترافعه)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لسنة سئل عن ذلك فإن أنكر وهي عذراء قال قول قولها وإن كانت ثيباً قال قول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لأن الأصل السلامة ولأن هذا أمر لا يعرف إلا من جهته وقال القاضي هل يستحلف ؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق

(مسئلة) (فإن اعترف بذلك أو قامت يمينه على إقراره به فأنكر فطابت يمينه فشكل ثبت عجزه)

ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلاً عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولأن هذا المعجز قد يكون سنة وقد يكون لمرض فضر به سنة لتمر به الفصول الأربعة فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة وإن كان من رطوبة زال في فصل

امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق لان ملك المرأة زوجها بمنح صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح وبجوب مهر المثل

(مسئلة) قال رحمه الله تعالى (ولا يجوز نكاح المنة)

معنى نكاح المنة أن يتزوج المرأة مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو الى انقضاء المرسوم أو قدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل نص عليه أحد فقال نكاح المنة حرام . وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لان ابن منصور سأل أحمد عنها فقال يمتنعها أحب إلي ، قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم ، وغير أبي بكر من أصحابنا بمنع هذا ويقول في المسئلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء ، ومن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير ، قال ابن عبد البر وعلى تحريم المنة مائة مائة وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والاوزاعي في أهل الشام واليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط.

وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابنا ، عطاء وطاوس وبه قال ابن بيج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر واليه ذهب الشيعة لانه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها ، وروي

الليس وإن كان من برودة زال في فصل الحرارة وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فاذا مضت الفصول الاربعة واختافت عليه الاهوية فلم يزل علم أنه خلقه وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة ثم يظهر وابتداء السنة من يوم توافعه قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر يؤجل سنة من يوم توافعه فاذا انقضت المدة فلم يطقها الحيار في فسخ النكاح

(مسئلة) (وان اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عتيقنا)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون بنتي وطئها امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الانصاري والزهرى وعمرو بن دينار وقتادة ومالك والاوزاعي والشافعي وأما حماد وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور اذا عجز عن وطئها أجل له لانه عجز عن وطئها ثبت حتمها كما لو وجب بعد الوطء

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يكن لان حقوق الزوجية من استقرار المهر والمدة ثبتت بوطء واحد وقد وجد ما أوجبه فانه يتحقق به العجز فافترقا (فصل) وان علمت أن عجزه عن الوطء لمرض من صغر أو مرض مرضا زوال لم تضرب له مدة لان ذلك عارض يزول والعنة لا تزول لانها حيلة وخلقة وإن كان لسكبر أو مرض لا يرجى

أن عمر قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أفأهوى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء . ومتعة الحج ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتا كالأجارة
ولنا ما روى الربيع بن صبرة أنه قال : أشهد على أبي أنه حدث أن النبي ﷺ نهى عنه في حجة الوداع . وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء . رواه أبو داود . وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ حرم المتعة فقال « يا أيها الناس اني كنت أذنت لكم في الاستمتاع إلا وإن الله قد حرمها الي يوم القيامة » وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الأهلوية . رواه مالك في اللوطا وأخرجه الأئمة النسائي وغيره واختاف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحر الأهلوية ونهى عن متعة النساء ولم يذكر مبيعات النهي عنها وقد بينه الربيع بن صبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكا . الإمام أحمد عن قوم وذكره بن عبد البر وقال الشافعي لا أعلم شيئا أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة فحسب الأمر على ظاهره وإن النبي ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أباحها في حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولأنه لا تنافي به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان بإطلاك سائر النكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه . وروى ابن بكر بإسناده عن سعيد بن جبيرة قال : قالت لابن عباس لقد كثرت في المتعة حتى قال فيها الشاعر :

برؤءه ضربت له المدة لأنه في معنى من خاق كذلك وإن كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال لان الوطء مأبوس منه فلا معنى لانتظاره وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به أو لا رجوع الى أهل الخبرة في ذلك

(فصل) والوطء الذي يخرج به من العنة هو تغييب الحشفة في الفرج لان الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق به فان كان الذكر مقطوع الحشفة كفاه تغييب قدر الحشفة من الباقي في أحد الوجهين ليكون ما يجري من المقطوع مثل ما يجري من الصحيح (والثاني) لا يخرج من العنة الا بتغييب جميع الباقي لأنه لا أحد هنا يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه لأنه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء وللشافعي قولان كهذين .

(مسئلة) (وان وطئها في الدبر أو وطئ غيرهما لم يزل العنة ويحتمل أن يزول)

لان الدبر ليس محلا للوطء فأشبه الوطء فيها دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال للزوج الاول ولا الاخصان وان وطئها في القبل حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة وذكر القاضي أن قياس المذهب ان لا يخرج عن العنة لنس أحد على أنه لا يحصل به الاباحة للزوج الاول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر

أقول وقد طال الثواء بنا معا يا صاح هل لك في نيا ابن عباس
هل لك في رخصة الاطراف آنسة تكون مثالك حتى مصدر الناس
فقام خطيبا وقال ان المتعة كالبينة والدم ولحم الخنزير فأما اذن رسول الله ﷺ فيها فقد ثبت ندمه
وأما حديث عمران صح عنه فالظاهر انه إنما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها إذ
لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبني على اباحتها
(فصل) وان تزوجها بنهر شرط الآن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا اقتضت حاجته في هذا
البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الاوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح انه لا بأس
به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن يزوي حبس امرأته وحسبه ان واقته والا طلقها

(مسئلة) قال (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينعقد النكاح)

يعني اذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا
مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها، وقال أبو حنيفة يصح النكاح ويطل الشرط
وهو أظهر قولنا الشافعي قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وإنما شرط على نفسه شرطا وذلك
لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها

ولنا أنه وطني في محل الوطء نخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء ولان
العنة المعجز عن الوطء فلا يبقى مع وجود الوطء لان المعجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده
وما ذكره غير صحيح لان تلك الاحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها مانع أو فوات شرط والعنة
في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه وأما الوطء في الدبر فليس وطأ في محله بخلاف
مستلثنا وفيه قول أن العنة يزول به اختاره ابن عقيل لأنه أصعب فن قدر عليه فهو على غيره أقدر
(فصل) فان وطئ امرأة لم يخرج به من العنة في حق غيرها واختار ابن عقيل أنه يخرج عن
العنة في حق جميع النساء فلا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول
من قال إنه يختبر بزواج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعمر بن عبد العزيز قالوا لان العنة خلقة
وجيلة لا تتغير بتغير النساء فاذا انتفت في حق امرأة لم تبقى في حق غيرها

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضي بعضهن سقط حقها
وحدها دون الباقيات ولان الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالمعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا
يزول بوطء غيرها وقوله كيف يصح المعجز عن واحدة دون أخرى؟ قلنا قد تهض شهوته في حق
احدها لمفرط حبه إياها ويبلغ اليها واختصاصها بكال ولوجه دون الاخرى فلي هذا لو تزوج امرأة
فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها من أحد لها المطالبة لانه إذا جاز أن يمن عن امرأة دون أخرى ففي

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبه نكاح المتعة ويفارق ما قاسوا عليه فإنه لم يشترط قطع النكاح

(مسئلة) قال (وكذلك ان شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله)

وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك وأبيث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجته إلى أن تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما أو أنه إذا أحلها للأول طلقها، وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ويطل الشرط، وقال الشافعي في الصورتين الأولتين لا يصح وفي الثالثة على قولين

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لعن الله المحلل والمحلل له» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الغمها من التابعين، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس، وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعون على لسان محمد ﷺ

وروى ابن ماجه عن عتبة بن عامر أن النبي ﷺ قال «ألا أخبركم بالنكاح المستعارة؟» قالوا بلى يا رسول الله، قال «هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له» وروي الأثرم بإسناده عن قبيصة بن

نكاح دون نكاح أولى ومقتضى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ امرأة لم تثبت عنته أبداً.

(نصل) وان ادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء فشهدت بذلك امرأة ثقة فالقول قولها والا فالقول قوله. اذا ادعت المرأة عنة زوجها فادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بعذرهن فالقول قولها ويقبل في بقاء عذرتها شهادة امرأة واحدة كالرضاع ويؤجل الرجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لان الوطء يزيل العذرة فوجودها يدل على عدم الوطء فان ادعى أن عذرتها طادت بعد الوطء فالقول قولها لان هذا بعيد جداً وان كان متصوراً وهل يستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله والاخر لا يستحلف لان ما يبعد جداً لالتفات اليه كاحتمال كذب البيعة العادلة وكذب المقر في اقراره وهل يقبل قول امرأة واحدة؟ على روايتين (أحدهما) تقبل شهادة واحدة كالرضاع (وإثاني) لا يقبل فيه الا اثنتان لان ما يقبل فيه شهادة الرجال لا يقبل فيه الا اثنتان فالنساء أولى (نصل) وان لم يشهد لها أحد فالقول قوله لان الاصل السلامة في الرجال وعدم العيوب ودعواه تضمن سلامة العمد وصحته ويسقط حكم قولها تبين كذبها فان ادعت ان عذرتها زالت بسبب أحد فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب

جابر قال سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول : والله لأوثق بمحل ولا محل له إلا رجعتها ولاه نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاء فأشبهه نكاح التمتع

(فصل) فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل من غير شرط فالتكاح باطل أيضا قال إسماعيل بن سعيد - ألت أحد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحلها تزوجها الأول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الإحلال فهو ملعون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم وروى نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له امرأة تزوجتها أحلها تزوجها لم يأمرني ولم يعلم قال لا إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكها وإن كرهتها فارقها قال وإن كنا نعد على عهد رسول الله ﷺ سفاحا وقال لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها وهذا قول عثمان رضي الله عنه وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له إن هي طلق امرأته ثلاثا أبطلها له رجل ؟ قال من يخادع الله يخدعه وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وقادة وبكر المزني والبيهقي ومالك والثوري وإسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح رذ كر القاضي في صحته وجها مثل قولهما لا ، خلا من شرط يفسده فأشبهه ما لو نوى طلائها لغير الإحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك ولأن العقد إنما يطل بما شرط لا بما قصد بدليل ما لو اشترى عبدا فشرط أن يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يبطل ولأنه روي عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته وروى أبو حنيفة بإسناده عن

﴿مسألة﴾ (وإن كانت نية فالقول قوله لما ذكرنا)

ولأن هذا يتعذر إقامة البينة عليه فقبل قوله فيه مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن هذا مما تتعذر إقامة البينة ويمينه أقوى فإن دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والأصل السلامة فكان القول قوله كالمكر في سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ما قال وهذا قول من سمينا هنا لأن قوله محتمل للكذب فتقونا قوله يمينه كما في سائر الدعاوى التي يستحلف فيها فإن نكل قضى عليه بنكوله ويدل على وجوب اليمين قول النبي ﷺ «واكن اليمين على المدعى عليه» قال القاضي ويستخرج أن لا يستحلف على إنكاره دعوى الطلاق فإن فيها روايتين كذا هنا والصحيح أنه يستحلف لدلالة الخبر والتمني عليه وروى عن أحمد أن القول قولها مع يمينها حكاه القاضي في المجردان الأصل عدم الإصابة فكان القول قولها لأنه موافق للأصل واليقين معها وقال الحرق في مخلو معها في بيت ويقال له أخرج ماءك علي شيء فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار. فإن ذاب فهو مني وبطل قولها هكذا حكاه الحرق عن أحمد فلي هذا أن أخرج ماءه فالقول قوله لأن العنين يضعف عن الإنزال فإذا أنزل تبينا صدقه فيحكم به وهو مذهب عطاء فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فإن ذاب فهو مني لأنه يشبه بياض البيض وذلك إذا وضع على النار مجتمع وليس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه

محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صفار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يدهله شيئا فينها هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئا ويملك لي؟ قالت نعم ان شئت فأخبروه بذلك قال نعم وتزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار فجاء القرشي بحوم حول الدار ويقول ياويله غلب على امرأته فأتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت علي امرأتي قال من غلبك قال ذو الرقعتين قل أرسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قومك؟ قال ليس بموضعني بأمر قالت إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك قل لا والله لا أطلقها فإنه لا يكرهك وألبسته حلة فلما رآه عمر من بعد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقل أنطلق أراذك؟ قال لا والله لا أطلقها قل عمر لو طلقها لأوجعت رأسك بالسوط رواه سعيد بن هشير عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين بهوياً من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأساً ولنا قول النبي ﷺ « لمن الله المحال والمحال له » وقول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم فذكر إجماعاً ، لأنه قصد به التحليل فلم يصح كما لو شرطه وأما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له إسناد يمي أن ابن سيرين لم يذكر إسناداً إلى عمر وقال أبو عبيد هو مرسلاً فابن هو من الذي سمعه بخطيب به على المنبر لا أرني محلل ولا محلل له إلا رجعتما؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

قال قول المرأة لان الظاهر معها وفي كل موضع حكمتنا بوطئه بطل حكم عنده فان كان في ابتداء الأمر لم يضرب له مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت له خيار وكل موضع حكمتنا بعدم الوطئه منه حكمتنا بعته كالأقرباء واختار أبو بكر انه يزوج امرأة لها حظ من المال ويسطي صداقها من بيت المال ويخلى وتساؤل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت بأنه يبط كذبت الأولى والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ وان كذبت به فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله ههنا لما روي ان امرأة جاءت الى سمره فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب الي معاوية فكتب اليه ان زوجها امرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسقى اليها من بيت المال عنه فان أسأها فقد كذبت وان لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمره فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما وقال الاوزاعي تشبهه امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجمع امرأته فاذا قام عنها نظرتا الى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا وحكي عن مالك مثل ذلك الا انه اكتفى بواحدة والصحيح ان القول قوله لما ذكرنا وكذا لو ادعى الوطئه في الابلاء واعتبار خروج الماء ضعيف لانه قد يبطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطئه فان ضعف الذكر لا يمنع سلامة الطهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطئه في بعض الاحوال وليس كل من عجز عن الوطئه في حال من الاحوال أو وقت من الاوقات

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصيح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين وان قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وإبراهيم إذا لم أحد اثلاثه فسد النكاح ، قال أحمد كان الحسن وإبراهيم وانما يعمون يشددون في ذلك ، قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ « أنريدن أن ترجعي إلى رفاعة ؟ » ونية المرأة ليس بشيء إنما قال النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج لانه الذي إليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء . وكذلك الزوج الاول لا يملك شيئا من العقد ولا من رفعه فهو أجنبي . كسائر الاجانب ، فان قيل كيف لعنه النبي ﷺ قلنا إنما لعنه إذا رجع اليها بذلك التحليل لانها لم تحل له فكان زانيا فاستحق لعنة لذلك

(فصل) فان اشترى عبداً فزوجه إياه ثم وهبها إياه لينسخ النكاح بملكها له لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجه إياه فهذا الذي نهى عنه عمر يؤدبان جميعاً وهذا فاسد ليس بكف ، وهو شبه المحلل ، وعلى أحمد فساد بشيئين [أحدهما] شبهه بالمحلل لانه إنما زوجه إياها ليحلها له [والثاني] كونه ليس بكف ، لها وتزويجهما في حال كونه عبداً أباغ في هذا المعنى لان العبد في عدم الكفاة أشد من المولى والسيد له سبيل الى ازالة نكاحه من

يكون عينا ولذلك جعلنا مدته سنة وتزويجه بأمرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ولانه قد بين عن امرأة دون أخرى ولان نكاح الثانية ان كان موقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وان كان صحيحاً لازماً ففيه اغترار بالثانية ولا ينبغي ان يقبل قولها لانها تريد بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق ان يقبل قولها من الاولى ولان الرجل لو أقر بالهجز عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنه بذلك وأكثر ما في الذي ذكره ان ثبت هجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه واذا لم يثبت حكم عنه باقراره بهجزه فلان لا يثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

(فصل) القسم الثاني يختص النساء وهوشيثان (الرتق) وهو كون الفرج مسدوداً لا مسلكاً للذكر فيه وكذلك القرن والعفل وهو لحم يحدث فيه يسده وقيل القرن عظم والعفل رغوۃ تحدث فيه تمنع لذة الوطء (الثاني) الفتق وهو انخراق ما بين السيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمثني

(فصل) قال رضي الله عنه (القسم الثالث) مشترك بينهما وهو الجذام والبرص والخنون سواء كان مطبقا او بجنب في الاحيان فهذه الاقسام يثبت بها خيار الفسخ رواية واحدة لما سبق وقد ذكرنا دليل ذلك والخلاف فيه (فصل) واختلف اصحابنا في البخر وهو نتن في الفم وقال ابن حامد نتن في الفرج يشور عند

غير ارادته بأن يهبه للمرأة فيفسخ نكاحه بملكها إياه والمولى بخلاف ذلك ، ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل لأن المعتبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره ولم ينو وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة لأنه لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته

(فصل) ونكح المحلل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل به الإحصان ولا الإباحة للزوج الأول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة ، فإن قيل فقد سماه النبي ﷺ محلاً وسمى الزوج محلاً له ولو لم يحصل الحل لم يكن محلاً ولا محلاً له قلنا إنما سماه محلاً لأنه قصد التحليل في مرضع لا يحصل فيه الحل كما قال « ما آمن بالقرآن من استحبل محارمه » وقال الله تعالى [يحلونه عاماً ومحرماً عاماً] ولو كان محلاً في الحقيقة والآخر محلاً له لم يكونا ملعونين

(مسئلة) قال رحمه الله (وإذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره أو عقد نكاحاً لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد)

وجاءت أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ككونه ولياً أو وكيلاً فإنه لا يصح أقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخاطب » رواه مسلم . وإن عقد المحلل نكاحاً لمحرم بأن يكون وكيلاً له أو ولياً عليه أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله في عموم الحديث لأنه إذا تزوج له

الوطء واستطلاق البول والنجم والقروح السيالة في الفرج والخصاء وهو قطع الخصيتين والسل هو سل البيضتين والوجي وهو رضها وفي كونه جنثي وفيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله أو حدث به السب بعد العقد هل يثبت الخيار؟ على وجهين (أحدهما) لا يثبت الخيار وهو المفهوم من كلام الحنفي ثم ذكر العيوب التي تثبت الخيار في فسخ النكاح ولم يذكر شيئاً من هذه لأن ذلك لا يمنع من الاستمتاع ولا يفتي تعديه فلم يثبت به الخيار كالعمى والعرج ولأن ذلك إنما يثبت بنفس أو إجماع أو قياس ولا نص فيها ولا إجماع ولا يصح قياسها على العيوب المثبتة للخيار لما بينها من الفرق فإن الوطء مع هذه العيوب يمكن بل قد قيل أن الخصي أقدر على الجماع لأنه لا يعتبر بانزال الماء والختنى فيه خلقة زائدة لا تمنع الجماع أشبه اليد الزائدة وإذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله فلا خياراً لهما تساوياً في المأزاة لاجتماعهما على صاحبه والوجه (الثاني) له الخيار وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاء فلا آخر الخيار ويتخرج على ذلك من به الباسور والقروح السيالة في الفرج ذكره أبو الخطاب لأنها تثير نفرة وتعدى نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها الشريف ومن لا يحبس بولها الماشولة ومثلها من الرجال الأفين وقال أبو حفص والخصاء عيب يردبه وهو أحد قول الشافعي لأن فيه نفصاً وطراً ومنع الوطء أو يضعفه وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سنان تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلتها؟ قال لا قال أعلها ثم خبزها وفي البخار وكون أحد الزوجين خثي

وكيله فقد نكح ، وحكى القسافي في كون المحرم ولها نفيره روايتين [إحداهما] لا تصح وهي اختيار الخرقى [والثانية] تصح وهي اختيار أبي بكر لأن النكاح حرم على المحرم لأنه في دواعي الوطء المنسد للحج ولا يحصل ذلك فيه بكونه ولها نفيره والاول أولى لدخوله في عموم الخبر ولأنه عقد لا يصح للمحرم فلا يصح منه كشراء العبد وقد مضت هذه المسئلة في الحج بأبسط من هذا الشرح

(مسئلة) قال رحمه الله (وأي الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو غنلاء أو قتلها أو الرجل مجنونا فمن وجد ذلك منها بصاحبه الخيار في فسخ النكاح)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة [الاول] ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب بمجده في صاحبه في الجملة روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وبه قال جابر والشافعي وأصحاق وروى عن علي لا ترد الحرة بعيب وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي ، وعن ابن مسعود لا يفسخ النكاح بعيب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه إلا أن يكون الرجل مجربا أو عتينا فان للمرأة الخيار فان اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلانة ولا يكون فسخا لان وجود العيب لا يقتضي فسخ النكاح كالمعنى والزمانة وسائر العيوب

غير مشكل وجهان (أحدهما) يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقصا وعاراً والبحر تن وقال ابن حامد تن في الفرج يثور عند الوطء وهذا ان اراد به انه يسمى بخر أو يثبت الخيار والافلامعنى له فان تن القم يسمى بخرأ وينمق مآرنة صاحبه الاعلى كره وماعدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجها واحداً كالقرع والمعنى والعرج وقطع اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا ينجس تعديبه ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا إلا ان الحسن قال اذا وجد احدهما الآخر عتيا يخير واحب احمد ان يبين امره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا في بدء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت لذلك ثبت في الآيسة ولان ضده يعلم فان رجلا لا يولد لاحدهم وهو شاب . ثم يولد له وهو شيخ ولا يتحقق ذلك منها وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله اعلم

وأما اذا وجد احدهما بصاحبه عيابه مثله فقيه وجه انه يثبت الخيار لوجود سببه كما لو غر عبد بامة ولان الانسان قد يأثم من عيب غيره ولا يأثم من عيب نفسه

(فصل) وأما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيابه عيب من غير جنسه كالابرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وانما امتنع لعيب نفسه

(فصل) وان حدث العيب بعد العقد فيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقى

وانا أن المختلف فيه عيب بمنع الوطء فأثبت الخيار كالجلب والعنة ولأن المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصداق أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحدا الزوجين فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا بمنع المقصود بمقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فإن قيل فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فإن ذلك يوجب نفرة بمن قربانه بالكيفية ومسه ويخاف منه التعدي الى نفسه ونسله والجنون يخاف منه الجناية فصار كالماتم الحسي

(الفصل الثاني في عدد العيوب المحبوزة للفسخ)

وهي فيما ذكر الحرقى ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختصان الرجل وهما الجلب والعنة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهي العتق والقرن والعفل ، وقال القاضي هي سبعة جعل القرن والعفل شيئا واحداً وهو الرتق أيضاً وذلك لحم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك عن أهل الادب ، وحكي نحوه عن أبي بكر ، وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج بمنع الوطء ، وقال غيره لا يكون في الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه ، وحكي عن أبي حفص أن العفل كالرغوة في الفرج بمنع لذة الوطء فعلى هذا يكون عيباً تامياً ، وقال أبو الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسد بهما

لأنه قال فإن جب قبل الدخول قلها الخيار في وقتها لأنه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارناً فأثبتته كالاعسار والرق فإنه يثبت الخيار إذا قارن مثل أن تفر الأمة من عبد ويثبتها إذا طرأت الحرية إذا اعتقت الأمة تحت العبد ولأنه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالأجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حنبل ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بهد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع والصحيح الأول وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الأجارة ، وقال أصحاب الشافعي إن حدث بالزوج أثبت الخيار وإن حدثت المرأة فكذلك في أحد الوجهين ولا يثبت في الآخر لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة . ولنا أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقاً فتساويا فيه لاحقاً كالمبتاعين (مسألة) (وإن علم بالعيب وقت العقد أو قال قد رضيت بها معيبة بعد العقد أو وجدته

دلالة على الرضى من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له لأن العلم فيه خلافاً)

لأنه رضي به فأشبهه بشترعي المبيع ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظن البرص في قليل من جسدها فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لأنه من جنس ما رضي به ، وإن رضي بعيب فبان غيره فلا خيار لأنه وجد بها عيباً لم يرض به ولا يجنس فيه فيثبت له الخيار كالمبيع إذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره ، وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن كان قليل من البرص فأنبت في جلدها فلا خيار له لأن رضاه به رضاً بما يحدث منه

في معنى الرق إلا أنها نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى للثني ، وقيل ما بين القبل والدبر ، وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعقل شيئا واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فلان الجذام والبرص يشيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع والجنون يشير نفرة ويخشى ضرره والجب والرق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لغة الوطء ، وقائده وكذلك العقل على قول من فسره بالرغوة فإن اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده يابض يمكن أن يكون بهما أو مراراً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فإن كانت للمدعي بيعة من أهل الخبرة والقامة يشهدان له بما قال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ ولكن البين على المدعي عليه وإن اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويتبل فيه قول امرأة واحدة فإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان مجنون في الأحيان لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله إلا أن يكون مريضاً يفي عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فإن زال المرض ودام به الاغفاء فهو كالجنون يثبت به الخيار وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به فإن بقي منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لأن الوطء

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع به من الزوج أو التمكن من المرأة ، هذا ظاهر كلام الخري لقوله فإن علمت أنه عني فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فإنا ذلك وذكر القاضي أنه على الفور وهو مذهب الشافعي فني آخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لأنه خيار الرد بالعيب فكأن على الفور كد المبيع المعيب . ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار المصاص وخيار العيب في المبيع ممنوع ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ما يئته أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه وهنا المقصود الاستمتاع وذلك يفوت بعنته ، وأما خيار الشفعة والمجلس فهو لدم ضرر غير متحقق (مسئلة) (ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كمنسوخ لعنة والفسخ للاعسار بالنعنة وبخلاف خيار المعتقة لأنه متفق عليه)

(مسئلة) (فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر وإن فسخ بعده فعليه المهر المسمى وقبل عنه مهر المثل) أما إذا فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه سواء كان من الزوج أو من المرأة وهذا قول الشافعي لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهةها فيسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى ، وإن كان منه فأنما فسخ بهيب بها دلسته بالاخفاء فصار الفسخ كأنه منها فإن قيل فلما جعلتم فسخها لعنته كأنه منه لحصوله بتدليسه ؟ قلنا العوض من الزوج في مقابلة منافعتها فإذا اختارت فسخ العقد م سلاية ما عقد

يمكن وإن اختلفا في ذلك فاقول قول المرأة لانه بضمنه بالقطع والاصل عدم الوطء . ويحتمل أن القول وله كمالو ادعى الوطء في العنة ولأن له ما يمكن الجماع به فاشبه من له ذكر قصير

(الفصل الثالث) أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه لانه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يفتى تحديه فلم يفسخ به النكاح كالمسمى والعرج ولأن الفسخ إنما يثبت بنقص أو إجماع أو قياس ولا نص في غير هذا ولا إجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق . وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فلا خير الخيار ، قال أبو الخطاب ويخرج على ذلك من به الباسور والناصور والفروح السائلة في الفرج لانهما تثير نفرة وتعدى نجساستها وتسمي من لا يجنس تجورها الشريم ومن لا يجنس بولها الماشو له ومثلها من الرجال الا فين ، وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولي الثاني لان فيه نقصا وعارا وينزع الوطء أو يضعفه

وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلتها ؟ قال لا ، قال أعلها ثم خيرها وفي البخار وكون أحد الزوجين خنثى وجهان

(أحدهما) يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقصا وعارا والبخر . ثمن الفم ، وقال ابن حامد هو ثمن في الفرج بثور عند الوطء وهذا أن أراد به أنه يسمى أيضا بخرأ ويثبت الخيار وإلا فلا معنى له فان ثمن الفم يسمى بخرأ ويمنع مقاربه صاحبه الا على كره وماعدا هذا فلا يثبت الخيار وجهها واحدا كالتقريع والمسمى

عليه وجع العوض الى العائد مدها وليس من جبرتها عوض في مقابلة منافع الزوج وإنما يثبت لها لاجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحققت عليه في مقابله عوضا قافرا

(فصل) وإن كان الفسخ بعد الدخول فالمرأة لا يوجب بالعقد ويستقر بالدخول فلم يستطع بمحادث بعده ولذا لا يستطع بردها ولا يفسخ من جهتها ويوجب المهر المسمى ، وذكر القاضي في المحرر فيه روايتين (أحدهما) يوجب المسمى (والاخرى) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد ، وقال الشافعي الواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى العقد الفاسد

وانما فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة كالمثقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح أنه وجد بشروطه وأركانها فكان صحيحا كما لو لم يفسخه ولانه لو لم يفسخه لكان صحيحا فكذلك اذا فسخه كنكاح الامة اذا عتقت تحت عبد ولانه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان والاباحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحيح ولانه لو كان فاسدا لما جاز بقاؤه وتعين نسخه وما ذكره لا يصح فان الفسخ يثبت حكمه من حينه غير سابق عليه وما وقع على صفة يستعمل أن يكون واقعا على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يفسد العقد فاسدا ولا يكون التما لغير المشتري ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح (مسألة) (ويرجع به على من غره من المرأة والولي وعنه لا يرجع)

والعرج وقطم اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديبه ولا فم في هذا بين أهل العلم خلافاً إلا أن الحسن قال إذا وجد الآخر عيباً بخير وأحب أحد تبين أمره وقال عبيد الله بن زياد الوالد وهذا في ابتداء النكاح، أما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت في الآية، ولأن ذلك لا يعلم فإن رجلاً لا يولد لأحد من وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منها، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عند الله أعلم

(الفصل الرابع) أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً وبه عيب من غير جنسه كالإبرص يجند المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه إلا أن يجدها محبوباً المرأة رتقاء فلا ينبغي أن يثبت لها الخيار لأن عيبه ليس هو للمائم لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه وإن وجد أحدهما به أحبه عيباً به مثله ففيه وجهان أحدهما لا خيار لهما لأنهما متساويان ولا مزية لأحدهما على صاحبه فأشبهها الصحيحين (والثاني) له الخيار لوجود سببه فأشبهه ما لو غر عبد بآلة

(فصل) وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الحرقي لانه قال فإن جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لانه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنة فأثبتته طارئة كالاعسار والقرق فانه يثبت الخيار إذا قارن مثل أن تغر الامة من عبد ويثبت إذا طرأت الحرية مثل ان عتقت الامة تحت العبد ولانه عند على منفعة فحدث العيب بها يثبت الخيار

المذهب انه يرجع وهو الذي ذكره الحرقي، وقال أبو بصير فيه رواية أخرى انه لا يرجع. قال شيخنا: والمصحيح ان المذهب رواية واحدة انه يرجع فان أحد قال كنت أذهب الى قول علي فبنته قلت الى قول عمر: اذا تزوجها فرأى جذاماً أو برصاً فان لها صداقها بميسرة إياها ووليها ضامن للصدق وهذا يدل على انه يرجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقنادة ومالك والشافعي في القديم وروى عن علي انه لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما ماتت في بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره وكما لو كان المبيع معينا فأكله

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب: أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها صداقها. وذلك لزوجه غرم على وليها ولانه غرم في النكاح بما يثبت الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة، اذا ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وإن لم يكن علم فالتغريب من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق وإن اختلفوا في علم الولي تشهدت عليه بينة بالاقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه وقال الزهري وقنادة: إن علم الولي غرم وإلا استحلان بالله انه ما علم ثم هر على الزوج، وقال القاضي إن كان أياً أو جذاماً أو عن يجرزله أن يراها فالتغريب من جهة علم أولم يلم، وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كبن العم والمولى وعلم غرم، وإن أنكر ولم يتم البينة باقراره فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق، وهذا قول مالك إلا انه قال اذا

كلا جارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد، ومذهب مالك لأنه يجب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالبيع وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الاجارة، وقال أصحاب الشافعي ان حدث بالزوج ثبت الخيار، وان حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين والآخر لا يثبت لان الزجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة

ولنا أنهما تساويا فيما اذا كان العيب سابقا فقد اويا فيه لاحقا كالتبايعين

(فصل) ومن شرط بثبوت الخيار بهذه العيوب أن لا يكون عالما بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده فان علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار له لانعلم فيه خلافا لانه رضي به فأشبهه مشتري المبيع، وان ظن العيب يسيرا فبان كثيرا كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضا لانه من جنس ما رضي به وان رضي بعيب فبان به غيره فله الخيار لانه وجد به عيبا لم يرض به ولا يجنسه فثبت له الخيار كالمبيع اذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره وان رضي بعيب فزاد بعد العقد كان به قليل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له لان رضاه به رضي بما يحدث منه

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمسكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الحنفي لقوله فان علمت أنه عيب فسكنت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك، وذكر القاضي أنه على الفور وهو مذهب الشافعي فتى آخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالقسي في البيع

ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به فلا نصير كالموعدة ولا شافعي قولان كقول مالك والقاضي ولنا على ان الولي اذا لم يعلم لا نفرض أن التمتع بر من غيره فلم نفرض كما ان كان ابن عم وعلى أنه يرجع بكل الصداق لانه مغرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها إلا في الختون فانه لا يحد بخفى على من يراها إلا أن يكون غائبا . وأما الرجوع بالمر فانه يجب آخر فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه بخلاف الموهوبة

(فصل) فان طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزويجه فلم يرجع على أحد وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع به على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يجد وهبنا له حتر الصداق بالمرت ولا يرجع به

(فصل) ولا سكنى لها ولا نفقة لان ذلك انما يجب لمن زوجها عليها الرجعة وهذه تبين بالفسخ كما تبين بالثلاث وليس لزوجها عليها رجعة فلم يجب لها نفقة ولا سكنى لقول رسول الله ﷺ فان طلقها بنت قيس « النفقة والسكنى للمرأة اذا كان زوجها عليها الرجعة » رواه النسائي، وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح وهي حامل فكانت لها النفقة كالمطلقة

وانما أنه خيار له لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار التماس، وخيار العيب في المبيع بمنه ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماله أو خدمته وبمحصل ذلك مع عيبه وهذا المقصود الاستمتاع وينت ذلك بعيبه، وأما خيار المجبرة والشفعة والمجاس فهو لدفع ضرر غير متحقق

(فصل) ويحتاج الفسخ الى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالنفقة وبخالف خيار النفقة فإنه متفق عليه

﴿ مسألة ﴾ (قال وإذا فسخ قبل الميس فلا مهر وإن كان بعده وادعى أنه ما علم حلف وكان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على من غره)

السلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (أحدها) أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو للمرأة وهذا قول الشافعي لأن الفسخ ان كان منهما فالفرقة من حيثها فسقط مهرها كما لو فسخه برضاع زوجة له أخرى، وإن كان منه فأما فسخ لعيب بها دلسته بالاختنا، فصار الفسخ كأنه منها، فإن قيل فهل جعلهم فسخها لعيب كأنه منه لمصلحة بتدليس؟ قلنا الدوخ من الزوج في مقابلة منافها فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه رجع الموضع الى العاقد معها وليس

بإثنا والمختلعة وفي السكنى، وإثان، وقال القاضي لا نفقة لها وإن كانت حاملا في أحد الوجهين لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لأن النفقة للحمل والحمل لاحق به ونزوه على النكاح الفاسد وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس لولي صغيرة ولا مجنونة ولا سيد أمة تزويجها معيا) لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ، ولا حظ لهم في هذا العقد فإن زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح وكذلك الحكم في الصغير لأنه عقد لهم عقدا لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة، وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم لأن عليه النظر لهم فيما فيه الحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لأنه زوجهم عن لملك تزويجهم إياه فلم يصح كما لو زوجهم ممن يحرم عليهم .

﴿ مسألة ﴾ (وليس له تزويج كبيرة بميب بغير رضاها) بغير خلاف لأنه لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالمتاع أولى .

﴿ مسألة ﴾ (فإن اختارت الكبيرة تزويج محبوب أو غني لم يملك منها)

لأن الحق لها في أحد الوجهين . والوجه الثاني له أن يمنحها

من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وانما ثبت لها الخيار لاجل ضرر ياحققها لا لتعذر ما استحققت عليه في مقابلته عوضاً فافترقا

[الفصل الثاني] ان الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر لان المهر يجب بالعقد ويسنقر بالدخول فلا يسقط بمحادث بدهه ولذلك لا يسهط بردها ولا يفسخ من جهتها ويوجب المهر المسمى، وذكر القاضي في المجرد نياروايتين (إحداهما) يجب المسمى (والآخر) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد وقال الشافعي الواجب مهر المثل لان الفسخ امتد الى العقد فصار كالعقد الفاسد

ولما أنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة وكالمعتقة نعت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح أنه وجد بشروطه وأركانها فكان صحيحاً كما لو لم يفسخه ولأنه لو لم يفسخه اسكن صحيحاً فذلك إذا فسخه كنكاح الامة إذا عتقت نعت عبد ، ولأنه ترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان ولا يباحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحة ، ولأنه لو كان فاسداً لما جاز إبدؤه وتعين فسخه ، وما ذكره غير صحيح فان الفسخ يثبت مكانه في حينه غير سابق عليه وما وقع على مدة يتمحل أن يكون واقعاً على غيرها وكذلك لو فسخ البيع يجب لمصر العقد فاسداً ولا يكون النماء لغبر المشتري ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح

قال احمد ما يعجبني أن يزوجها بمنين وان رضيت الساعة تكره اذا أدخلت عليه ، لان من شأنهن انكاح ، ويعجبني من ذلك ما يعجبنا وذلك لان الضرر في هذا دائم ، والرضى غير موثوق بدوامه ولا تمكن من التخلص اذا كانت طالة في ابتداء العقد وربما أنقضى الى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فلك الولي منها كما لو أرادت نكاح من ليس بكف.

وقال القاضي : له منها من نكاح المجنون ، وليس له منها من نكاح المجبوب والعين لان ضررها عليها خاصة ، وفي الإبرص والمجنون وجهان . (أحدهما) لا يملك منها لان الحق لها والضرر عليها شبه المجبوب والعين . و (الثاني) له منها لان عليه ضرراً فيه فانه يتغير به ويختفي تعديده الى الولد فأشبه الزوج بغير كف . وهذا مذهب الشافعي ، والاولى أن له منها لان عليها فيه ضرراً دائماً وطاراً عليها وعلى أهلها فلك منها منه كالتزويج بغير الكف فاما ان اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح لان الحق لهما لا يخرج عنها ويكره لهما ذلك لما ذكره أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الاولياء الاعتراض عليها ومنها من هذا التزويج لان العار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كف.

(مسئلة) (فأما إن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك أجبارها على الفسخ إذا رضيت) لان حق الولي في ابتداء العقد لا في دوامه ولهذا لو دعت إليها الى تزويجها بعد لم تلزمه أجابها ولو أعتقت عبداً لم يملك أجبارها على الفسخ .

(الفصل الثالث) إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالخبر بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لانه رضى باسقاط حقه فقط كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لان الاصل عدمه

(الفصل الرابع) انه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر فيه روايتان [احدهما] يرجع به [والاخرى] لا يرجع ، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وانه يرجع به فان أحد قال كنت أذهب الى قول علي فبيته فمات الى قول عمر . اذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فان لها المهر بمسئسه ايهاا ووليها ضمن للصدقات ، وهذا يدل على انه رجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم ، وروي عن علي انه قال لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء ، فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيبا فأكله

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص ففسا ذلها صدقاتها وذلك تزوجها غرم على وليها ، ولانه غره في النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحربة أمة ، فاذا ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وان لم يكن علم فالتفريق من المرأة فيرجع عليها بجميع الصدقات ، فان اختلفوا في علم فيشهدت بئنه عليه بالافرار بالملم والا فالقول قوله مع يمينه قال الزهري وقتادة ان علم الولي غرم والا استحلف بالله العظيم انه ما لم ثم هو على الزوج

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب بدون تحريم المحرمات

وجله ذلك ان أنكحتهم يتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والتقسمة والاباحة للزوج الاول والاحسان وغير ذلك . ومن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعي والنخعي والزهري وحامد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقتادة وريمة ومالك .

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم فان قيل لا نسلم صحة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامرأته حمالة الحطب) وقال (امرأه فرعون) وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة ولدت من نكاح لا من سفاح ، واذا ثبتت صحتها ثبتت أحكامها كما نكحة المسلمين فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج واصابة ثم أسلم لم يقرأ عليه وان طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلم فهي عنده على ما بقي من طلاقها وان نكحها كتابي وأصابها حلت لطلقها ثلاثا سواء كان المطلق مسلما أو كافرا وان ظاهر الذي من امرأته

وقال القاضي ان كان أبا أو جدا أو عن يجوز له ان يراها فالتعريف من جهته علم أو لم يعلم وان كان من لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم وان أنكر ولم تقم بينة باقراره فاقول قوله ، ويرجع على المرأة بجميع الصداق وهذا قول مالك الا انه قال اذا ردت المرأة أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لثلا تصير كالموهوبة ولشانهي تولان كقول مالك والقاضي

ولنا على أن الولي اذا لم يعلم لا يغرر ان للتعريف من غيره فلم يغرر كما لو كان ابن عم وعلى انه يرجع بكل الصداق انه غرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها الا في الجنون فانه لا يكاد يخفى على من يراها الا أن يكون غائبا وأما الرجوع بالمهر فانه لسبب آخر فيكون بمنزلة مالو وهبته اياه بخلاف الموهوبة

(فصل) اذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بهاميب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزام نصف الصداق فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالمهيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وهبنا استقر الصداق بالموت فلا يرجع به

ثم أسما فعليه كفارة الظهار لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) الآية . فان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) ويحرم عليهم ما يحرم في النكاح على المسلمين على ما ذكرنا في باب المحرمات في النكاح

مسئلة () ويقرون على الانكحة المحرمة ما اعتقد واحلها ولم يرتفعوا اليها)

انما يقرون بهذين الشرطين (أحدهما) أن لا يترافعا اليها (الثاني) أن يستقدا لإباحة ذلك في دينهم لأن مالا يستقدون حله ليس من دينهم فلا يقرون عليه كالزنا والسرقه ، قال الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا) فيدل هذا على أنهم يخلون بأحكامهم اذا لم يحشوا اليها ولان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر . ولم يعترض عليهم في أنكحتهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم ولانه أسلم خلق كثير في زمن النبي ﷺ بأقرم على أنكحتهم ولم يكشف عن كفيتهما فاذا لم يرتفعوا لم تعرض لهم لانا صالحناهم على الاقرار بدينهم . وعن احمد في مجوسي تزوج كناية أو اشترى نصرانية قال يحال بينه وبينها قبل من يحول بينها ؟ قال الامام قال أبو بكر لان علينا ضرراً في ذلك بتحريم أولاد النصرانية علينا ومحبي على قوله في تزويج النصراني المجوسية فيخرج من هذا أنهم لا يقيمون على نكاح محرم وان يحال بينهم بين نكاح محارمهم فان عمر كتب ان فرقوا بين كل ذي رحم من المجوس وقال أحمد في مجوسي ملك مة نصرانية يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لما ذين وله دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن طأها وقال أبو بكر عبد العزيز لا يباح له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر

﴿مسئلة﴾ قال (ولا سكنى لها ولا نفقة لان السكنى والنفقة انما تجب لامرأة زوجها له عليها الرجعة)

انما كان كذلك لانها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة انقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس «انما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان زوجها عليها الرجعة» رواه النسائي وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لانها بائن من نكاح صحيح في حال حملها فكانت لها النفقة كالطالقة ثلاثا والمختلعة وفي السكنى روايتان ، وقال القاضي لانفقة لها ان كانت حاملا في أحد الوجهين لانها بائن من نكاح قاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لان النفقة للحمل والحمل لاحق ؛ وبنيه على أن النكاح قاسد. وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) وليس لولي الصغير والصغيرة وصيد الامة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب لانه ناظر لهم بما فيه الحظ ولا حظ لهم في هذا العقد فان زوجهم مع العلم بالعيوب لم يصح النكاح لانه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كولو باع عقاره بغير غبطة ولا حاجة وإن لم يعلم بالعيوب صح كولو اشترى لهم معيبا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لان عليه النظر لهم بما فيه الحظ والحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لانه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كولو زوجهم بمن يحرم عليهم

﴿مسئلة﴾ (وإن أسلموا أو رافعوا إلينا في ابتداء العقد لم نمضه إلا على الوجه الصحيح مثل أنكحة المسلمين بالولي والشهود والایجاب والقبول)

لانه لا حاجة إلى عقد يخالف ذلك قال الله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وإن كان في إيجابه لا يتعرض في كيفية عقدهم ولا تعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشياء ذلك بلا خلاف بين المسلمين قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حال واحدة ان لها المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع وقد أسلم خلق كثير في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم فأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبي ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا

﴿مسئلة﴾ (لكن ان كانت المرأة في هذه الحال ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو الممتدة أو المرتدة أو الوثنية والجوسية والمطلقة ثلاثاً لم يقرأ)

لحديث عمر وان زوجها في العدة واسلما بعد انقضائها أقرا لانها مما يجوز ابتداء نكاحها وان تزافا إلينا في العدة فسخ نكاحهما لانه لا يجوز ابتداء نكاحهما وان كان بينهما نكاح تمتع لم يقرأ عليه لانه ان كان بعد المدة لم يبق بينهما نكاح وان كان في المدة فهما لا يستقدان تأييده والنكاح عقد

(فصل) وليس له تزويج كبيرة بعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه لأنها ملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى وإن أرادت أن تزوج معيها فله منعها في أحد الوجهين قال أحمد ما يعجبني أن يزوجه بعين وإن رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه لأن من شأنهم النكاح ويعجبني من ذلك ما يعجبنا وذلك لأن الضرر في هذا دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالة في ابتداء العقد وربما أنفى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فملك الولي منها كالوَأَرَادَتْ نِكَاحَ مَنْ لَيْسَ بِكَفٍّ (والثاني) ليس له منعها لأن الحق لها وقال القاضي له منعها من نكاح المجنون وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنينة لأن ضررها عليها خاصة وفي الأبرص والمجذوم وجهان (أحدهما) لا يملك منعها لأن الحق لها والضرر عليها فأشبهها المجبوب والعنينة (والثاني) له منعها لأن عليه ضرراً فإنه يتغير به ويخشى تعديه إلى الولد فأشبهه التزويج لمن لا يكتنفها وهذا مذهب الشافعي والأولى أن له منعها في جميع الصور لأن عليها فيه ضرراً دائماً وعار عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالتزويج بغير كف، فأما إذا اتفقا على ذلك ورضي به جاز وصح النكاح لأن الحق لها ولا يخرج عنها ويكره لها ذلك لما ذكره الإمام أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يكره سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج لأن العار يلحق بهن وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كف، فأما إن حدث العيب بالتزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ لأن

مؤبد إلا أن يعتد فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرأ لذلك وإن كان بعدها أقرأ لأنها يستقدان لزومه وكل ما اعتقدوه نكاحاً فهو نكاح يقررون عليه وما لا فلا

﴿مسئلة﴾ (وإن قهر حربي حرية فوطئها أو طأعته أو اعتداه نكاحاً ثم أسلمها أقرأ عليه) لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرأ عليه كالتكاح بلا ولي وإن لم يستقداه نكاحاً لم يقرأ عليه لأنه ليس من انكحتهم

﴿مسئلة﴾ (وإذا كان المهر مسمى صحيحاً أو فاسداً قبضته استقر وإن كان فاسداً فلم يقبضه فرض لها مهر المثل)

إذا أسلم الكفار وترافقوا إلينا بعد العقد والقبض لم تعرض لما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالاً كان أو حراماً بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) فأمر بترك ما بقي من دون ما قبض وقال تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله) ولأن التعرض للقبوض بإبطاله يشق لتناول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام فقيه تفرغهم عن الإسلام ففني عنه كما عفي عن ترك ما تركوه من الفرائض والواجبات ولا لها تقاضا بحكم الشر لا تبرئ ذمة من هو عليه منه كما لو تابعا بيعاً فاسداً وتقاضا وإن لم يتقاضا وكان المسمى حلالاً وجب ما سمي لأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وإن كان حراماً كالخمر والبخير بطل ولم يحكم به لأن ما سمي لا يجوز

حقه في ابتداء العقد لاني دوامه ولهذا لودعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ

(مسئلة) قال (وإذا عتقت الامة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه خير بيرة قالت عائشة كانت بيرة خيرها رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حراماً ما خيرها رسول الله ﷺ رواه مالك وأبو داود والنسائي ولأن عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فإن اختارت الفسخ فلها فراقه وإن رضيت للقيام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لأنها أصطقت حتماً وهذا لا خلاف فيه بمحمد الله (فصل) وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي لى ومالك والأوزاعي والشافعي واسحاق وقال طارم وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بيرة وكان زوجها حراً رياء النسائي ولأنها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً

إجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقاً ملزمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل إن كان قبل الدخول ونصفه إن وقت الفرقة قبل الدخول وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وقال أبو حنيفة إن كان أصدقها خيراً أو خبزيراً معينين فليس لها إلا ذلك وإن كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل امتحاناً

ولأن الخمر لا قيمة له في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيراً ولأنه محرم أشبه الخنزير

(فصل) وإن قبضت بعض المهر دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بمحض ما بقي من مهر المثل فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية قبضت منها خمسة سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر ذلك بالكيل فيما له مثل يتأني الكيل فيه (والثاني) يقسم على عددها لأنه لا قيمة لها فاستوى كبيرها وصغيرها وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدها) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) تعتبر قيمتها كأنها مما يجرز كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد، وإن أصدقها كلباً وخنزيرين وثلاث زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد فلكل واحد سدس المهر والكلب سدس

ولنا أنها كانت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتانية تحت مسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعزوة أن زوج بريرة كان عبداً وهما أخض بها من الاسود لانهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعاضدت روايته وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مقيث رواء البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة إنه عبد ورواية علماء المدينة وعلمهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء وإنما يصح أنه حر عن الاسود وحده وأما غيره فليس بذلك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالختاف فيه والحرفيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد لأن العبد ناقص فإذا كُتلت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(فصل) وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق نص عليه أحمد ولا أعلم فيه خلافاً قيل لأحمد لم لا يكون طلاقاً؟ قال لأن الطلاق ما تسكلم به الرجل ولأنها فرقة لا خيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنة أو عنه.

ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعي على نحو هذا (فصل) فإن نكحها نكاحاً فاسداً وهو مالا يقرون عليه إذا أسلموا كشكاح ذوات الرحم فأصلها قبل الدخول أو ترافعوا إلينا فرق بينهما ولا مهر لها، قال أحمد في المجوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فترتفع إلى المسلمين لا مهر لها وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقرب عليه في الاسلام وجدت فيه الفرقة قبل الدخول، وأما إن دخل بها فهل يجب مهر المثل؟ يخرج على روايتين في السلم إذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) إذا تزوج ذمي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إن تزوجها على أنه لا مهر لها فلا شيء لها وإن سكت عن ذكره فعنه روايتان (إحداهما لا مهر لها) (والأخرى) مهر المثل، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحققها وقد أسقطت حقها والقدي يطالب به حق الله تعالى ولذا إن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وإنما وجب المهر في حق المسلمة لثلاث نصير كالموهوبة والمباحة وهذا يرجد في حق الذمي

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه: إذا أسلم الزوجان معا أو أسلم زوج الكتانية فما على نكاحهما سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله، وذكر ابن المنذر أنه إجماع من أهل العلم وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد النبي ﷺ ثم جاءت امرأته بعده فقال يا رسول الله إنها كانت أسلمت

(مسئلة) قال (رحمه الله تعالى) فإن أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم

وجله ذلك أن خيار المعتقة على التراخي ما لم يوجد أحد هذين الأمرين عتق زوجها أو وطئها ولا بمنع الزوج من وطئها ومن قال إنه على التراخي مالك والأوزاعي وروي ذلك من عباده ابن عمر واخته حنيفة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهرى وقتادة وحكام بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم والشافعي ثلاثة أقوال (أظهرها) كقولنا (والثاني) أنه على الفور كخيار الشفعة (والثالث) أنه إلى ثلاثة أيام

ولنا ما روى الإمام أحمد في المسند بإسناد عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يتحدثون عن النبي ﷺ أنه قال إذا عتقت الأمة فهي بالخيار ما لم يطأها إن شئت فارقته وإن وطئها فلا خيار لها رواه الأثرم أيضا وروي أبو داود أن بيرة عتقت وهي عند أبي عبد الله أبي أحمد فخيرها النبي ﷺ فقال «لها إن قربك إلا خيار لك» ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم في عصرهم قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحنيفة مخالفا من الصحابة ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فثبت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلناه إذا ثبت هذا فبنى عتق قبل أن تختار

معي فردها عليه ، ويذهب للفظهما بالاسلام دفعة واحدة للتأنيدي سابق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح . ويمتنع أن يقف على المجلس كالتقبض ونحوه فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد ولأنه يتضمن اتفاقهما على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت الفقرة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في النادر فيبطل الاجماع ، وإذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلمها معا فالتكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي لأن السلم ابتداء نكاح الكتابية فاستدامته أولى ، ولا خلاف في هذا بين القائلين بجواز نكاح الكتابية للمسلم

(مسئلة) (فإن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفقرة سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي إذ لا يجوز لكافر نكاح المسلمة) قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحفظ عنا من أهل العلم (مسئلة) (فإن كانت هي المسلمة فلا مهر لها ، وإن كان هو المسلم قبلها نكحها نصف المهر وعنه لا مهر لها) وجله ذلك أن الفقرة إذا حصلت قبل الدخول باسلام المرأة فلا شيء لها لأن الفقرة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهرى والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر إذا كانت هي المسلمة اختارها أبو بكر وبه قال قتادة والثوري وبقتضيه قول أبي حنيفة لأن الفقرة حصلت من قبله بائتمانه من الاسلام وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض

سقط خيارها لأن الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعته فسقط كالبيع إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد وهو قول من مينا في صدر المسئلة وذكر القاضي وأصحابه أن إياها الخيار وإن أصيبت ما لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحاد والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق لأنهم إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على رضا فهو كما لو لم تصب

ولنا ما تقدم من الحديث وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة بني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتت قالت فأرسلت إلي حفصة فدعني فقالت إن أمرك بيدك ما لم يسك زوجك فإن يسك فليس لك من الأمر شيء فقالت هو الطلاق ثم الطلاق فنارقت ثلاثاً ، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر إن لها الخيار ما لم يسها ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريم على هذا القول نأماً على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم ذلك ، وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها الكونها في بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها لأنه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة يثبت الخيار فالقول قولها لأن ذلك لا يوليه إلا خواص الناس ، والظاهر صدقها فيه ولشافعي في قبول قولها في ذلك قولان

الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت ، وقتل عن أحمد في مجرمي أسلم قبل أن يدخل بامرأته فلا شيء لها من الصداق لما ذكرنا ، ووجه الأثر أن الفرقة حصلت باختلاف الدين وقد حصل بإسلامها فكأن الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت وبنارقت بتعلق الطلاق فأنه من جهة الزوج ولهذا لم يعلقه على دخولها فدخلت وقت الفرقة ولها نصف المهر ، فأما إن حصلت الفرقة بإسلام الزوج فلأمراً نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر المثل إن كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمرأ أو خنزيراً لأن الفرقة حصلت بفعله وعنه لا مهر لها لأن الفرقة جات من قبلها لكونها انتهت من الدخول في الإسلام

(فصل) إذا انفسخ النكاح بإحد الزوجين قبل الدخول مثل أن يسلم أحد الزوجين الوتينين أو الجوسين تعجلت الفرقة على ما ذكرنا ويكون ذلك فسخا لاطلاقاً وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تعجل الفرقة بل إن كان في دار الإسلام عرض على الآخر فإن أبي وقت الفرقة حيثئذ وإن كان في دار الحرب وقف ذلك على انتضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقت الفرقة فإن كان الأباء من الزوج كان طلاقاً لأن الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقاً كما لو لفظ به وإن كان من المرأة كان فسخالاً المرأة لا تملك الطلاق وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الإسلام فإن أسلم والاوقت الفرقة وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بهم الكوافر)

(فصل) فان أعتق العبد والامة دفعة واحدة فلا خيار لها ، والنكاح بحاله سواء أعتقها رجل واحد او رجلان نص عليه احمد وعنه لما الخيار والاول أولى لان الحرية الطارئة بعد عتقها تنمى الفسخ فالمقارنة أولى كاسلام الزوجين ، وعن احمد إذا عتقا معا انفسخ النكاح ومعناه والله أعلم أنه إذا وهب العبد مصرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقها جميعا صارا حريين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له أصابها إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبد مصرية أو اشترى لمصرية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد واحتج احمد على ذلك بما روى ناظم عن ابن عمر أن عبداً له كان له مريتان فأعتقهما فهما أن يقربهما إلا بنكاح جديد ولأنهما باعتهما أخرجت عن أن تكون مملوكة فلم ينسخ له التسري بها كالحرة الأصلية وأما إذا كانت امرأته فعتقها لم ينسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينسخ باعتهما وحدها فلان لا ينفسخ باعتهما معا أولى ومحمّل أن أحد أهما أراد بقوله انفسخ نكاحها ان لها فسخ النكاح وهذا يخرج على الرواية التي تقول بان لها الفسخ اذا كان زوجها حراً

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة مزوجان فأراد عتقها البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه وقد روى ابوداود والاثرم باسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فزوجا فقالت لربي ﷺ إني أريد أن أعتقهما فقال لها فابدئي بالرجل قبل المرأة وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت لرجل إني برأت بمقتك لئلا يكون لها عليك خيار

ولنا انه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فاذا وجد قبل الدخول تمجلت الفرقة كالزدة (١) وعلى مالك كاسلام الزوج او كما لو اني الآخر للاسلام لانه ان كان هو المسلم فليس له إسساك كافرة لقوله تعالى (ولا تمسكوا بصم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها في نكاح مشرك ولنا على انها فرقة ففسخ آتيا فرقة باختلاف الدين فكانت فسخا كالمواصلة الزوج وابت المرأة ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

(مسئلة) (وان قالت اسلمت قبلي وأنكرها قالقول قولها)

لان المهر وجب بالمقد والزوج يدعي ما يستقطه والاصل بقاؤه ولم يعارضه ظاهر بقبي وان اتفقا على ان احدهما قبل الآخر ولا يعلنان عنه فلها نصف الصداق ذكره ابو الخطاب لما ذكرنا وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لانه يشك في استحقاق الرجوع فلا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لا يزول بالشك وكذلك اذا تيقن الطهارة وشك في الحدث او تيقن الحدث وشك في الطهارة بني على اليقين وهذه كان صدقها واجبا وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب

(مسئلة) (وان قال الزوج أسلمنا معا فنعن على النكاح فانكرته فلي وجبين)

(فصل) إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما في الحال لانه لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنهما لان هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالأفهام: فإذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ لكونهما صارتا على صفة الكمل منهما حكم وهذا الحكم فيما لو كان بزواجهما يجب الفسخ فان كان زواجهما قد وطناهما فظاهر كلام الحرقى أنه لا خيار لهما لان مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لهما الخيار لانه لا رأي لهما فلا يكون تمكنهما من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زواجهما من وطئهما

(مسئلة) قال رحمه الله (فان كانت لنفسين فاعتق أحدهما فلا خيار لهما اذا كان المعتق معسرا)

إنما شرط الاعسار في المعتق لان المוסر يسري عتقه إلى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمعسر لا يسري عتقه بل يعتق منها ما اعتق وبانيها رقيق فلا تكل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي ، وعن أحمد أن لها الخيار حكاهما أبو بكر واختارها لأنها كل منه فأنما ترث وتورث وتجب بقدر ما فيها من الحرية ، ووجه قول الحرقى أنه لا نص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرية الكاملة لأنها كاملة الاحكام وأيضا ما علل به أحمد وهو أن المقدم صحيح فلا يفسخ بالاعتق فيه وهذه تختلف فيها (فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصدائق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بهائم مات

قال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها اذ يبعد اتفاق الاسلام منهما دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه وكذلك كان القول قول صاحب اليد وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أن القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طأء عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالمسكر وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(فصل) فان اختلفا بعد الدخول فقال الزوج أسلمنا معا أو أسلم الثاني منافي العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم اسلام اثني

(مسئلة) (وان أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الامر على انقضاء العدة فان أسلم الثاني قبل انقضائها فاعلى نكاحها والاثينا أن الفرقة وقعت من حين أسلم الاول)

روي عن أحمد رحمه الله في هذه المسئلة روايتان (أحدهما) أن الامر يقف على انقضاء العدة على اما ذكرنا وهذه الرواية التي ذكرها الحرقى فعلى هذا اذا لم يعلم الثاني في العدة لا يحتاج الى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والاوزاعي والشافعي واسحاق ونحوه عن عبد الله بن عمر ومجاهد ومحمد بن الحسن (والثانية) تمنع الفرقة كما قبل الدخول وهذا اختيار الحلل وصاحبه وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقنادة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر

ولا يملك غيرها غير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثلث ولها الخيار وإن لم تكن قبضته عتق ثلثها في الحال وفي الخيار لها وجهان فكما انقضي من مهرها شيء عتق منها بتسدر ثلثه فإذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطته بإمكانه من وطئها وعلى قول الحرق لا يبطل لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها، فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الحرق لأن فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن كمل قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي اثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فإذا استوفى عتق ثلثاها وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها

مسئلة قال (فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد)

وجملته أن المعتدة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت القسح بعد الدخول فالمهر واجب لأنه واجب بالعقد فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط، وإن فسخت بعد

وقول أبي حنيفة هنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانتقض عنها وحصلت الفرقة لزما استئناف العدة وقال مالك إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فإن أسلمت والا وقعت الفرقة وإن كانت غائبة تسجلت الفرقة وإن أسلمت المرأة قبله وقبل الأمر على انقضاء العدة واحتج بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع

ولنا ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب كان بين اسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد ابن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنين والطائف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر وشبهة هذا الحديث أقوى من أسناده وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فأرسلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فباع فثبنا على نكاحها وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته فإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما ولأن أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي ﷺ مكة فثبنا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن

الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشي. وهو لا يند في الحالين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العقد أو بعده ، وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العقد أو بعده فالواجب المسمى وإن كان بعده فالواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى حالة العقد فصار الوطء في نكاح فاسد.

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لمكان المهر لملأها حرة حينئذ ، وقولهم إن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح فإنه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الإحلال الزوج الأول والاحصان وكونه حلالاً ، وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى لا يند نصف المهر لانه وجب للسيد فلا يسقط بهمل غيره .

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعاً ، وقوله وجب للسيد قلنا لكن بواسطتها ولهذا سقط نصه بفسخها وجميعه بإسلامها وورثتها (فصل) ولو كانت مفوضة فنقض لها مهر المثل فهو للسيد أيضاً لانه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد ، وإن كان

أي أمية تام الفتح فلقيا النبي صلى الله عليه وسلم بالا بواء فأسلما قبل نساها ولم يعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد من أسلم وبين امرأته ويبعد أن يتفق إسلامها معا ويفارق ما قبل الدخول فإنه لا عدة لها فتعجل الينونة كالمطلقة واحدة وهما لها عدة فإذا انقضت تينا وقوع الفرقة من حين أسلم الأول فلا يحتاج الى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة نتحسب الفرقة منه كالطلاق فعلى هذه الرواية لو وطئها الزوج في عدتها ولم يسلم الثاني فيها فلها عليه المهر ويؤدب لانتا تينا أنه وطئها بعد الينونة وانفساح النكاح فيكون واطئاً في غير ملك وان أسلم فلا شيء. لملانتا تينا أن النكاح لم يفسخ وانه. وطئها في نكاحه فلم يكن عليه شيء.

(فصل) فان أسلم أحد الزوجين وتخلت الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد انبر لم يختلف العلماء في هذه الاشياء روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها ترد الى زوجها وان طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها أبي الناص بنكاحها الاول رواه أبو داود واحتج به أحد قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال ليس لذلك أصل قيل كان بين إسلامها وردها اليه ثمان سنين ولنا قوله تعالى (لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) والاجماع المتعبد على تحريم فروج المسلمات على الكفار. وأما قصة أبي الناص مع امرأته فقال ابن

الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الأخرى ينبغي أن تجب المدة لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه

(فصل) فإن طلقها طلاقاً بائناً ثم أعتقت فلا خيار لها لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح ههنا ، وإن كان رجعيًا فلها الخيار في العدة لأن نكاحها باق فيمكن فسخه ولها في الفسخ قاعدة فأنها لأن آمن رجعتها إذا لم يفسخ فإن قيل فيفسخ حينئذ قلنا إذا احتجنا إلى عدة أخرى وإذا فسخت في عدتها ثبتت على ما مضى من عدتها ولم تحتج إلى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طلاقاً آخرى وينبغي على عدة حرة لأنها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية فإن اختارت المقام بطل خيارها ، وقال الشافعي لا يبطل لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى البينة وذلك ينافي اختيار المقام

ولنا أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصاحب النكاح وإن لم تختار شيئاً لم يسقط خيارها لأنه على التراخي ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجرياتها إلى بينة اكتفاء منها بذلك فإن ارتجحها فلها الفسخ حينئذ فإن فسخت ثم عاد تزوجها بقيت معه بطنقة واحدة لأن طلاق العبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طائفتين لأنه صار حراً فذلك ثلاث طلاقات كسائر الأحرار

عبد البر لا يخلو أما أن يكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملاً استمر حملها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بشكاح جديد فقد روى ابن أبي قتيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها على أبي العاص بنكاح جديد رواه الترمذي وقال سمعت يزيد بن حميد يقول سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود أسناد أو العمل على حديث عمرو بن شعيب (مسألة) (فإن أسلمت قبله فلها نفقة العدة)

لأنه يمكن من الاستمتاع وإبقاء نكاحها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية وسواء أسلم في عدتها أو لم يسلم فإن قيل إذا لم يسلم تبين أنها بائنة باختلاف الدين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لأنه كان يمكن الزوج تلافى نكاحها بل يجب عليه فكانت في معنى الرجعية وإن كان هو المسلم فلا نفقة لها لأنه لا سبيل إلى تلافى نكاحها واستبقائها فأشبهت البائن وسواء أسلمت معه أم لا

(مسألة) (فإن اختلفا في السابق منها فقال الزوج أسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت المرأة بل أنا المسلمة أولاً فلي النفقة فالقول قولها في أحد الوجهين)

لأن الأصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها (والثاني) أن القول قوله لأن النفقة إنما تجب بالتمكين من الاستمتاع والأصل عدمه فإن قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت

(فصل) فان طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقم طلاقه وبطل خيارها لانه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فنقد كما لو لم يعتق. وقال القاضي طلاقه موقوف فان اختارت الفسخ لم يقع الطلاق لان طلاقه يتضمن ابطال حقها من الخيار وان لم تختار وقع وللشافعي قولان كعدين الوجهين وينعدم الوقوع على أن الفسخ استند الى حالة العتق فيكون الطلاق واقعاً في نكاح منسوخ

ولما انه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كالمطلقة قبل عتقها أو كالمختار وقد ذكرنا أن الفسخ يوجب الفرقة حينئذ ولا يجوز تقديم الفرقة عليه والحكم لا يتقدم سببه ولأن العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت الاحصان والاحلال للزوج الاول ولو كان الفسخ سابقاً عليه لانعكست الحال ، وقول القاضي انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع زيادة وجوب نصف المهر وتعتبر العدة عليها فان ابتدأها من حين طلاقه لا من حين فسخه ، ثم لو كان مبطلا لحقها لم يتم وإن لم تختار الفسخ كما لم يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائناً فان كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما ذكرنا في الفصل القدي قبل هذا ، فلي تولم إذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بائنة بالفسخ وان لم يفسخ فاتها نصف الصداق لأنها بائنة بالطلاق

بعد شهر فالقول قوله لان الاصل عدم اسلامها في الشهر الثاني فان ادعى هو بفسخ النكاح فأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته .

(مسألة) (وعنه أن الفرقة تتعجل باسلام احدها كما قيل الدخول وقد ذكرناه)

(مسألة) (فأما الصداق فواجب بكل حال)

يعني اذا وقعت الفرقة باسلام احدها بعد الدخول فانه يجب لها المهر كاملاً لانه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء فان كان مسمى صحيحاً فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة تثبت لها أحكام الصحة وان كان محرماً قبضته فليس لها غيره لانا لا تعرض الى ما مضى من أحكامهم وان لم يكن قبضته فلها مهر المثل لان الحجر والخنزير لا يكون صداقاً مسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين (فصل) وسواء ما ذكرنا اتفق الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والليث والاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدهما ومها في دار الحرب ودخلا دار الاسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربي حربية ثم دخلا دار الاسلام وعقد الهمد انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نكاحه لان الدار انقضت بهما فعلاً وجيماً فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول

(فصل) وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لانه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم ينتقل الى حاكم كالدرد
بالعيب في البيع بخلاف الفسخ في النكاح فانه مجتهد فيه فانقل الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار
(فصل) فان اختارت المعتقة الفراق كان فسخا ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري
والحنبل بن مريح والشافعي وذهب مالك والاوزاعي والليث الى انه طلاق بان قال مالك الا أن تطلق
نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا واحتج له بقصة زبراء حين طلق نفسها ثلاثا فلم يلحقها ان أحدا من الصحابة
أنكر ذلك ، ولأنها ملك الفراق فملك الطلاق كالرجل
ولنا قوله ﷺ «الطلاق لمن أخذ بالساق» ولأنها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو
اختلف دينها أو أرضعت من يفسخ نكاحها برضاها ، وفعل زبراء ليس بمحجة ولم يثبت انتشاره في
الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ، ولو قالت طلق نفسي ونوت
المفارقة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي الى معناه فصيح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق
(فصل) وان عتق زوج الامة لم يثبت له خيار لان عدم النكاح في الزوجة لا يؤثر في النكاح
وكذلك لا تعتبر الكفاية الا في الرجل دون المرأة ، ولو تزوج امرأة مطلقا فبانت أمة لم يثبت له
خيار ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا فبان عبداً كان لها الخيار وكذلك في الاستدامة لكن ان عتق
ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين تقدم ذكرهما

ولنا أن أبا سفيان أسلم بحر الظهران وإمرأته بمكة لم تسلم وهي دار حرب وأم حكيم أسلمت
بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم
أسلموا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم، ولانه عقد معاوضة فلم يفسخ باختلاف
الدار كإبيح ، ويغارق ما قبل الدخول فان القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الاقرار على
النكاح دون ما ذكره ، فعلى هذا لو تزوج مسلم بمقيم بدار الاسلام حريصة من أهل الكتاب صح
نكاحه وعندهم لا يصح .

ولنا قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولأنها امرأة يباح نكاحها اذا
كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر
ان كانت المرتدة وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر)

اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول طائفة أهل العلم الا انه حكى عن داود
انه لا يفسخ بالزدة لان الاصل بقاء النكاح

ولنا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بجم الكوافر) وقوله تعالى (فلاترجموهن الى الكفار، لانهن حل

(فصل) واذا عنتت الامة فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حرا أو عبدا وسواء عنت معها أو لم يعنت نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده من أمته ثم اعتقا جميعا فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لا للسيد ، فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال للامة ، وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم يماها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني ، وقال القاضي الزيادة للسيد المتعق في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا ان الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الاول فتكون كالذكرة فيه . والقدي قلناه أصح لان الملك في الزيادة إنما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها ككسبها والموهوب لها ، وقولنا ان الزيادة تلحق بالمقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صدقا وليس معناه انا نبينا ان الملك كان ثابتا فيها وكان لسيدها فان هذا محال ولان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتا لاعتق فيه حين التزوج لزمته زكاته وكان له نماؤه وهذا أظهر من أن نطيل فيه

﴿ باب أجل العنين والخصي غير المحجوب ﴾

العينين هو العاجز عن الايلاج وهو مأخوذ من أي اعترض لان ذكره يعن اذا اراد ايلاجه أي يعترض

لهم ولاهم يحلون لمن) ولانه اختلاف دين يمنع الاصابة فوجب فسخ النكاح كما لو اسلمت تحت كافر ثم تنظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبها وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

﴿ مسألة ﴾ (وان كانت الردة بعد الدخول فهل تتمثل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافهما فيما اذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي احدهما تتمثل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لان ماوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فمألي النكاح وان لم يعلم حتى انقضت بان منذ اختلاف الدين وهذا مذهب الشافعي لان لفظه تقع به الفرقة فإذا وجد الدخول جازان يقف على انقضاء العدة فالطلاق الرجعي أو نقول باختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كما سلام الحربية تحت الحربي ، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع ولان الرضاع تحرم به المرأة على التأيد فلا فائدة في تأخير الفسخ الى بعد انقضاء العدة

﴿ مسألة ﴾ (فان كان هو المرتد فعليه نفقة العدة)

والعنف الاعتراض وقيل لأنه بمن قبل المرأة عن يمنه وشماله ولا يتصدده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمر بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه واشوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وابوعبيد وشذالحكم بن عيينة وداود قتالا لا يؤجل وهي امرأته، وروى ذلك عن علي رضي الله عنه لأن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقتي فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وإنما له مثل هدية لثوب فقال «تريدن أن ترجعي إلى رفاعة» لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» ولم يضرب له مدة

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة وروى ذلك الدارقطني بإسناده عن عمرو بن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم، ورواه أبو حنيفة عن علي ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الحبار كالجلب في الرجل والرتق في المرأة، فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فإن المدة إنما تضرب له مع إعرافه وطالب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما، وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال أني لأعركها عرك الادم، وقال ابن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصح ذلك قول النبي ﷺ «تريدن أن ترجعي إلى رفاعة» ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها، وقيل إنها ذكرت

لأنه يسبيل إلى الاستمتاع بها بأن يسلم ويمكنه تلافى نكاحها فكانت لها النفقة كزوج الرجعية وإن كانت هي المرتدة فلا نفقة لها لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافى نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة (فصل) فإن ارتد الزوجان مآخضهما حكم مآلو ارتد أحدهما إن كان قبل الدخول تجب للفرقة وإن كان بعده فهل تجعل ارتقب على انقضاء العدة على روايتين وهذا مذهب الشافعي قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتدا مآ أو أحدهما ثم تابا أو تاب المرتد منها فهو أحق بها ما لم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لا يفسخ النكاح استحساناً لأنه لم يختلف بهما الدين فاشبه مآلو أسلمنا ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كاله وما ذكره يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فإن نكاحهما يفسخ وتنتقل إلى دين واحد، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا مآ منع من وطئها في عتبتها فإن وطئها في عتبتها وقتلنا أن الفرقة تجب فيكون عليه مهر مئتها وإن قلنا إن الفرقة تقف على انقضاء العدة فاسلم المرتد منها أو أسلم جميعاً في عتبتها وكانت الردة منها فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لانا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهي زوجته وإن تبت أو ثبت المرتد منها على الردة حتى انقضت العدة فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لأنه وطئ

ضعفه وشبهته هدية الثوب مبالغة ، ولذلك قال النبي ﷺ « حتى تذوقي عسيلته ؟ والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك »

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه فإن لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخا بلا طلاق) وجلة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها ، وإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والأصل السلامة ، وقال القاضي هل يستحلف أولا ؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق فإن أقر بالعجز أو ثبت بينة على إقراره به أو أنكر وطلبت بيمته فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر

ولنا قول من سميننا من الصحابة ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض ففرضت له سنة لئلا يهر به الفصول الأربعة فإن كان من ييس زال في فصل الرطوبة ، وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة ، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فإذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية لم تزل علم أنه خلقه وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء

في غير نكاح بشبهة النكاح لانا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدين وقد ذكرنا مثل ذلك فيما إذا أسلم أحد الزوجين قبل الدخول فوطئها في العدة لانه مثله

(فصل) إذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فإن أسلم الآخر تبينا أن الفرقة وقعت من حين اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسام منها ، وإن أسلم الآخر منها في العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لأن حكم اختلاف الدين بالإسلام الأول زال بإسلام الثاني في العدة ولو أسلم ونحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لأنه لا يجوز أن يبتديء العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتد عن دونه أو معه لم يكن له أن يختار منهن كذلك

(فصل) إذا زوج الكافر من لا يقر على نكاحها في الإسلام مثل أن جمع أختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثا ثم أسلم لم يكن له أن ينكحها لانا أجرنا أحكامهم على الصحة فيما يستقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له أساءك الثانيه من الاختين والخامسة المعقود عليها آخرها

﴿ مسألة ﴾ (وإن انتقل أحد الكسائيين إلى دين لا يقر عليه فهو كمرتدة)

إذا انتقل الكسائي إلى غير دين أهل الكتاب من الكفر لم يقر عليه لان لم في هذا خلافاً لأنه انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها مما يستحسنه فالأصل منهم لا يقر على دينه

؟ يستمر في البطن أكثر من سنة ثم يظهر، ابتداء السنة منذ توافقه قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله قل معمر في حديث عمر بن الخطاب سنة من يوم مراعاته فإذا انقضت المدة فلم يبطأ فلما لجار كان اختلرت الفسخ لم يجر إلا بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه فاما أن يفسخ وأما أن يردده إليها يفسخ هي في قول عامة القائلين به ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه لأنه لحقها فلا يجبر على تنقيته كالفسخ بالأعسار فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والثوري يترق الحاكم بينهما وتكون تطليقة لأنه فرقة لعدم الوطء فكانت طلاقاً كفرقة المولي. ولما أن هذا خيار ثبت لاجل العيب فكان فسخاً كفسخ المشتري لاجل العيب.

(فصل) فإن اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يجر إلا بنكاح جديد لأنها قد بانت عنه وانفسخ النكاح فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث نص عليه أحمد وذكر أبو بكر فيها قولاً ثانياً أنها لا يجتمعان أبداً لأنها فرقة تتعاقب بحكم الحاكم فحرمت النكاح كفرقة العان، والمذهب أنها تحمل لأنها رقة لاجل العيب فلم تمنع النكاح كفرقة المعتمة والفرقة من سائر العيوب، وأما فرقة العان فأنها حصلت لعانها قبل تفرق الحاكم وهما بخلافه ولأن العان يحرم المقام على النكاح فنع ابتداءه ويوجب الفرقة فنع الاجتماع وهما بخلافه ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يجر الفسخ فكيف صح القياس مع هذه الفروق

المنتقل إليه أولى، وإن انتقل إلى الجوسية لم يقر أيضاً لأنه انتقل إلى دين القس من دينه فلم يقر عليه كالاسلم إذا ارتد، فأما إذا انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يتصرف فيه روايتان أحدهما لا يقر أيضاً لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر بطلانه فلم يقر عليه كالمرتد (والثانية) يقر نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الحارثي واختاره الحلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لأنه لا يخرج عن دين أهل الكتاب فاشبه غير المنتقل وللشافعي قولان كالروايتين، فأما الجوسية إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه يقر كأهل ذلك الدين وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيها ذكره رجل والمرأة. لموم قوله عليه الصلاة والسلام «من بدل دينه قاتلوه» ولموم المعنى الذي ذكرناه فيها جيماً

(فصل) وإن انتقل إلى دين غير أهل الكتاب لم يقبل منه إلا الإسلام في إحدى الروايات عن أحمد اختاره الحلال وهو أحد أقوال الشافعي لأن غير الإسلام باطل قد أقر بطلانها فلم يقر عليها كالمرتد عنه رواية ثانية لا يقبل منه إلا الإسلام أو الذي كان عليه لأن دينه الأول قد أقر رده عليه لم ينتقل إلى خير منه فنقره عليه إن رجع عليه ولأنه منتقل من دين يقر أهله عليه لقوله تعالى (حتى يطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وظاهر هذه الرواية أن الكتابي إذا انتقل إلى الجوسية أقر قد ذكرنا في أعلى هذه الصفحة أنه لا يقر ولعله أراد بقوله إلى دين يقر عليه إذا كان دين أهل الكتاب

(فصل) ومن علم أن عجزه عن الوطء عارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة لأن ذلك عارض يزول والعنة خليفة وجيلة لا تزول وإن كان لكبير أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لأنه في معنى من خاق كذلك، وإن كان لحب أو شلل ثبت الخيار في الحال لأن الوطء ما يوس منه ولا معنى لانتظاره، وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة له لأنه في معنى العنين خليفة، وإن اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

(فصل) فأما الخمي فإن الحر في ذكره في ترجمة الباب ولم يفرد به حكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره في أنه متى لم يصل إليها أجل، وإن وصل إليها فلا خيار لها لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل إن وطأه أكثر من وطء غيره لأنه لا ينزل فيمتر بالانزال وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والوجور وهو الذي رخصت خصيتاه والمسلول الذي سلت خصيتاه فإن الحكم في الجميع واحد فإنه لا ينزل ولا يولد له

ليكون موافقاً لما ذكرناه أولاً، وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقتلنا لا يقر فغيره، إيتان إحداهما لا يقبل إلا الإسلام والأخرى لا يقبل إلا الإسلام أو الذي كان عليه

(فصل) وإن قلنا لا يقر في صفة إجباره روايتان [إحداهما] أنه يقتل إن لم يرجع رجلاً كان أو امرأة لعموم الحديث ولأننا ذمى نقض العهد فأشبهه ما لو نقضه بترك أداء الجزية ويستتاب في أحد الوجهين لأنه يسترجع عن دين باطل أشبه المرتد والثاني لا يستتاب لأنه كافر أصلي أبيع قتله فأشبهه الحرني، فعلى هذا أن يادر فأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عصم دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) قال أحمد إذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل إليه نقيل له أنقته؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس، قال وإذا كان نصرانياً أو يهودياً قال وإن كان يهودياً أو نصرانياً دخل في المجوسية كان أعظم لأنه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا تتركه حتى يرد إليها، نقيل له أنقته إذا لم يرجع؟ قال إنه لأهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالقرب والحبس.

(فصل) فإن تزوج مسلم ذمبة فانتقلت إلى غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فإن كان قبل الدخول انفسخ نكاحها ولا مهر لها وإن كان بعده فهل يقف على انقضاء العدة أو ينفسخ في الحال على روايتين وكذلك إذا انتقلت إلى دين باطل أو إلى دين كانت تقر بطلانه فأشبهت المسلمة إذا تهودت أو تنصرت والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن أسلم كافر ونحته أكثر من أربع نسوة اختار منهن ربما وفارق سائرهن)

﴿مسئلة﴾ قال (وإن قال قد علمت اني عنين قبل أن أنكحها فإن أقرت أو ثبت بيينة فلا يؤجل وهي امرأته)

وجملة ذلك أن المرأة إذا علمت عنة الرجل وقت العقد مثل أن يعلمها بعته أو تضرب له المدة وهي امرأته فينفذ نسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهي امرأته في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء، والثوري وابن القاسم وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد يؤجل لأنه قد يكون عينا في نكاح دون نكاح

ولنا أنها رضيت بالعبء ودخات في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمته محبوبا ولانها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك إذا رضيت به في العقد كسائر العيوب ، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجما لم يثبت لها المطالبة كذا ههنا ، وقواهم إنها تكون في

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له امساكن كهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك امساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعا منهم وفارق سائرهن سواء تزوجهن في عقد واحد أو عقود وسواء اختار الإذائل أو الأيوأخر نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك واليث ولاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ان كان تزوجهن في عقد انفذ نكاح جميعهن وان كان في عقود فنكاح الاوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لان العقد اذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون مخيرا فيه بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا ولنا ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت ونحو ثمان نسوة فأثبت النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال « اختر منهن أربعا » رواه الامام احمد وأبو داود ، وروى محمد بن يزيد النخعي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحت عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعا ، رواه الترمذي ورواه مالك في موطنه عن الزهري مرسل ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري . وكذلك قال الامام أحمد والتزمذي وغيرها ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساك به نكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود، وأما إذا تزوجت زوجين فنكاح الثاني باطل لأنها لم تكن ملكا غيرها وإن جمعت بينهما لم يصح لانهما لم تملكه جميعا بضعها ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الإديان ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه ان يختار أربعا ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع لان النبي ﷺ أمر قيسا وغيلان بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ولأن المسلم لا يجوز إقراره على أكثر من أربع فان أبي

نكاح دون نكاح احتمال بعيد فان العنة جيلة وخلقة لا تتغير ظاهراً ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فان ادعى عليها العلم بهتته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم العلم ، وإن أفرت أو ثبتت بينة ثبت نكاحها وبطل خيارها

(مسئلة) قال (وار علمت انه عتبن بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم ترافه)

لانعلم في هذا اختلافاً وذلك لان سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى لانه زمن لا تلك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاع فلم يكن سكوتها مسقطاً لجها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل اقتضاها ولو سكنت بعد المدة لم يطل خيارها أيضاً لان الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه الى الحاكم وثبوت محجزه فلا يضر السكوت قبله

أجبر بالجلس والتزير الى أن يختار لان هذا حق عليه يمكنه إبقاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإبقاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولى إذا امتنع من الطلاق لان الحق ههنا لغير معين وأما تعيين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه ، فان جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار

(مسئلة) (وعليه نفقتهن الى أن يختار) لأنهن محبوسات عليه ولأنهن في حكم الزوجات أيهن اختار جاز (فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فانه لا حكم لقوله وليس لايه الاختيار لان ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة الى أن يختار فان مات الزوج لم يرق وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم .

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت هؤلاء أو امسكتن أو اخترت حبسهن أو امساكنهن أو نكاحن ، أو أمسكت نكاحن ، أو أثبت نكاحن ، وإن قال لما زاد على الأربع : فسخت نكاحن كان اختياراً للأربع .

(مسئلة) (وإن طاق إحداهن كان اختياراً لها)

لان الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن قال فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فان لم ينو به الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ لغيلان « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعمدت الى أقدمهن صحبة ففارقتها ، وهذا الموضع اختص بهذه اللفظة فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ فان نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن .

(مسألة) قال (وان قالت في وقت من الاوقات قد رضيت به عني لم يكن

لها المطالبة بعد)

وجملة الامر انها متى رضيت به عني بطل خيارها سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ولا نعلم في بطلان خيارها بتولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافاً لما قبلها فان الشافعي قال في الجديد لا يبطل خيارها لان حتمها في النسخ انما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح إسقاطه قبلها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع

ولما انها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد انقضاء المدة وما ذكره غير صحيح فان العنة التي هي سبب النسخ موجودة وانما المدة ليعلم وجودها ويتحقق عليها فهي كالبينة في سائر العيوب ^(١) ويفارق الشفعة فان سبب البيع لم يوجد بعد فان قيل فلورضيت المرأة

وذكر القاضي فيه عند الطلاق وجهين (أحدهما) أن يكون اختياراً للمفارقات لان لفظ الفراق صريح في الطلاق والاول أولى .

(مسألة) (وان وطئ احدها كان اختياراً لها في قياس المذهب)

لانه لا يجوز إلا في ملك قيدل على الاختيار كوطء الجارية المباعة بشرط الخيار

(مسألة) (وإن طلق الجميع أقرع بينن فأخرج أربعاً منهن بالفرعة فكان الخيارات ووقع طلاقه بين وانسخ نكاح البواقي وله نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثاً فتنقضت عدتهن فله أن يتكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج وعاوبة ، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فاذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بين ، لأنهن زوجات ويمتددن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بين طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات ، والفرق بينها وبين التي قبلها أن طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فاذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ ، وفي التي قبلها طلقهن وله اختيار ، والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقفه في الجميع وليس بمضمن أولى من بعض فصرن إلى الفرعة لتساوي الحقوق .

(مسألة) (وان ظاهر أو آلى من احدها فهل يكون اختياراً لها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يكون اختياراً لانه يصح في غير زوجة (والثاني) يكون اختياراً لان حكمه

لا يثبت في غير زوجة وإن قذفها لم يكن اختياراً لها لانه يقع في غير زوجة

(فصل) (وإن اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لأنهن ين منه بالاختيار

(الجزء السابع)

(٧٧)

(المعنى والشرح الكبير)

بالاعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك ، قلنا الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فإذا رضيت باسقاط ما يجب لها في المستقبل لم ينقطع لانها أسقطته قبل وجوبه فأشبه اسقاط الشفعة قبل البيع بخلاف العيب ولأن الاعسار يعقبه اليسار فترضى بالمقام رجاء ذلك وكذلك المولي يجوز أن يكفر عن عينه ويطلقا فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة وهو معنى لا يزول في العادة فافترقا

(مسألة) قال (وإن اعترفت أنه قد وصل اليها مرة بطل أن يكون عنيباً)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئ امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطامس والحسن ويحیی الانصاري والزهرى وعمر بن دينار وقادة وابن هاشم ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور إن عجز عن وطئها أجل لها لأنه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لو عجز بعد الوطء

ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لهن بين بإسلامه وأما يبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الإسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين فلم يسلم الآخر حتى انقضت عدتهن وفرقتن ففسخ لأنها ثبتت بإسلامه من غير لفظ فيهن وعدتهن كمدة المطلقات لأنها عدة من فسخ نكاحها وإن ماتت إحدى المختارات وبانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح واحدة من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لأنه لم يطلقها قبل ذلك ، وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام الأربع لأن الأربع زوجات لا يبين منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعاً ممنهن وقع طلاقه وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلاق وعدة الباقيات على الوجهين

(مسألة) (فإن مات فملى الجميع عدة الوفاة)

هكذا ذكره في الكتاب المشروح والاولى أن من كانت منهن حاملاً فعندها بوضعه لأن ذلك تنقضي به العدة في كل حال ومن كانت آيسة أو صغيرة فعندها عدة الوفاة لأنها أطول العدتين في حقها ومن كانت من ذوات القروء اعتدت أطول الاجلين من ثلاثة قروء وأربعة أشهر وعشر لتنقضي العدة يقيين لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأحبينا أطولها لتنقضي العدة يقيين كما قلنا فيمن نسي صلاة لا يعلم عينا عليه خمس صلوات هذا الذي ذكره شيخنا في كتاب المغني والسكافي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح والقول الاول لا يصح

(مسألة) (والميراث لأربع منهن بالقرعة في قياس المذهب)

وعند الشافعي يوقف حتى يصطلحن وسند ذكر هذا في غير هذا الموضع إن شاء الله تعالى ، وإن اخترن الصلح جاز كيما اصطلحن لأن الحق لهن

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد وأما الجنب فإنه يتحقق به العجز فافترقا

(فصل) والوطء الذي يخرج به عن العنة هو تنقيب الحشفة في الفرج لأن الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتنقيب الحشفة فكان وطأ صحيحاً فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان (أحدهما) لا يخرج عن العنة إلا بتنقيب جميع الباقي لأنه لا أحد ههنا يمكن اعتباره فاعتبر تنقيب جميعه ولأنه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء (والثاني) يعتبر تنقيب صدر الحشفة ليكون ما يجزي من المقطوع مثل ما يجزي من الصحيح وللشافعي قولان كذا بين

(فصل) ولا يخرج عن العنة بالوطء في الدبر لأنه ليس بمحل للوطء فأشبه الوطء فيها دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الإحلال لأزواج الأول ولا الإحصان، وإن وطئ في القبل حائضاً أو نفساء

(فصل) وإذا أسلم قباهن وقتلنا تعجل الفرقه باختلاف الدين فلا كلام وإن قلنا تقب على انقضاء العدة فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أنهن بن منذا خلت الدينان فإن كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن إذا أسلمن وإن كان وطئن تبينا أنه وطئ غير نسائه وإن آلى منهن أو ظاهر أو كذب تبينا أن ذلك كان في غير زوجة وحكمه حكم مآلو خاطب بذلك أجنبية فإن أسلم بعضهن في العدة تبينا أنها زوجة فوقع طلاقه بها وكان وطؤه لها وطأً لمطلقته وإن كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته وكذلك إن كان وطؤه قبل طلاقها وإن طلق الجميع فأسلم أربع منهن أو أقل في عدتهن ولم يسلم البواقي تعينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فإذا أسلم البواقي فله أن يزوج منهن لأنه لم يقع طلاقه بهن

(فصل) ولو أسلم وتحت ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقي فإن مات اللاتي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لأن الاختيار ليس بمقدور وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وإن أسلمت واحدة منهن وقال اخترتها جاز فإذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وإن قال للمسلمة اخترت فسرخ نكاحها لم يصح لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع والاختيار للأربع وهذه من جملة الأربع إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لأنه كناية ويكون طلاقه لها اختياراً لها، وإن قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لأنه ليس بوقت للاختيار لأنها جارية إلى ينونة فلا يصح إمساكها وإن فسرخ نكاحها لم يفسخ لأنه لا يجوز الاختيار لم يجز الفسخ وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو موقوف فإن أسلمت ولم يسلم زيادة علي أربع أو أسلم زيادة فاخترها تبينا وقوع الطلاق بها والافلا

أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة ، وذكر القاضي أن قياس المذهب أن لا يخرج من العنة لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان والاباحة للزوج الأول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر ولأنه وطء في محل الوطء فخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء ولأن العنة العجز عن الوطء ولا يبقى مع وجود الوطء فإن العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده ، وما ذكره غير صحيح لأن تلك أحكام مجوز أن تبقى مع وجود سببها لما منع أول فوات شرط. والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاءه مع انتفائه ، فأما الوطء في الدبر فليس بوطء في محله بخلاف مسئلتنا ، وقد اختار ابن عقيل أنه تنفي به العنة لأنه أصعب فن قدر عليه فهو على غيره أفدر

(فصل) وإن وطئ امرأة لم يخرج به عن العنة في حق غيرها ، واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة في حق جميع النساء ولا نسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول كل من قال أنه يختبر بزواج امرأة أخرى ويحكي ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز وذلك لأن العنة خلفه وجبلة لا تتغير بتغير النساء فإذا انتفت في حق امرأة لم تبق في حق غيرها

(فصل) وإن قال كما أسلمت واحدة اختبرتها لم يصح لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معين ، وإن قال كما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا بمسكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع ، فإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال كما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار ، وكما أسلمت واحدة كن اختياراً لها وتطلق بطلاقه (والثاني) لا يصح لأن الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) إذا أسلم ثم أحرم بمحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار لأن الاختيار استدامة للنكاح وتعين المنكحة وليس ابتداء له ، وقال القاضي ليس له اختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضي المرأة ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الأحرام كالرجعة

(فصل) فإن أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعاً فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات لأنهن لسن بزواج له وإن مات بهن فله الاختيار من الجميع فإن اختار الميتات فله ميراثهن لأنهن متن وهن نسأوه ، وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لأنهن أجنبيات ، وإن لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن فإن ولى الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعاً منهن فليس لمن إلا أن يسمى لأنهن زوجات ولسائرهن المسى بالعقد الأول ، ومهر المثل لوطء الثاني لأنهن أجنبيات ، وإن وطئن بعد إسلامهن فالوطءات أولاً المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرنا

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقين فرضي بمضيق مطلق حقها وحدها دون الباقيات ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها ، وقوله كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا قد تنهض شهوته في حق إحداها ففرط حبه إياها وميله إليها واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى ، فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فنعت عنها فلها المطالبة لأنه إذا جاز أن يعنى عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى وعلى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ مرة لم تثبت عنته أبداً

(مسئلة) (وان جب قبل الحول فلها الخيار في وقتها)

كأن الحزقي أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبرها حتى جب ثبت لها الخيار في الحال لانا نتظر الحول لنعلم عجزه ، وقد علمناه هنا يتينا فلا حاجة إلى الانتظار . قال القاضي وبلم على هذا أن سائر

(فصل) وان أسلم وتحتة أختان اختار منهما واحدة . هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد ، وقال أبو حنيفة في هذه كقوله في عشرة نسوة ولنا ما روى الضعفاء بن فيروز عن أبيه قال : قلت لرسول الله إنني أسلمت وتحتي أختان . قال « طلق أيتهما شئت » روى أبو داود وابن ماجه وغيرهما ولأن أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجمع في الاسلام وقد أزاله فصيح كما لو طلق أحداها قبل إسلامه ثم أسلم والاخرى في حياته وكذلك الحكم في المرأة وعمتها وخالتها لأن المعنى في الجميع واحد

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركه أختها ثم أسلمت في عدة الاولى فله أن يختار منهما لأنه أسلم وتحتة أختان ، وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعاً سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني فاذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لأنها انفردت به (فصل) وإذا تزوج أختين فدخل بهما ثم أسلم وأسلمت معه فاختار إحداها لم يبطأها حتى تنقضي عدة الاخرى لئلا يكون واطناً لأحد الأختين في عدة الاخرى وكذلك إذا أسلم وتحتة أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار أربعاً منهن وفارق أربعاً لم يبطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون واطناً لأكثر من أربع ، فان كن خمساً ففارق أحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يبطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، وان كن ستاً ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات وان كن سبعاً ففارق ثلاثاً فله وطء واحدة من المختارات ولا يبطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب

العيوب الحادثة بعد العقد ثبت بها الخيار فان الخيار هنا انما يثبت بالجلب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لاننا لم نتيقن عنده والجلب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه انما استحق بالجب الحادث، وفي بعض النسخ قبل الدخول ومعناها واحد ويحتمل أنه انما استحق الفسخ هنا بالجلب الحادث لانه متضمن مقصود العنة في العجز عن الوطء ومحقق للمعنى الذي ادعته المرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم

مسئلة قال (وان زعم أنه قد وصل اليها وادعت أنها عذراء أريت النساء فان شهدن بما قالت أجل سنة)

وجملته أن المرأة إذا ادعت عنة زوجها فزعم أنه وطئها وقالت انها عذراء أريت النساء فان شهدن بعذرهما فاقول قولها ويؤجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وإنما كان كذلك لان الوطء يزيل عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء فان ادعى ان عذرتها عادت بعد الوطء فاقول

(فصل) وإن تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول فاختر احداهما فلا مهر للأخرى لانا تبينا أن الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا نستحق مهر أكمل لو فسخ النكاح لبيب في احداهما ولانه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المهروسي أخته ثم أسلم قبل الدخول وهذا الحكم فيما زاد على الاربع اذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختر أربعا وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لهن فيما ذكرنا والله أعلم

مسئلة (وإن كانتا أما وبنات ولم يدخل بالام انفسخ نكاحها ، وإن كان دخل بالام فسد نكاحهما) أما اذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني ، وقال في الآخر يختار أيتها شاء لان عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا ضم اليه الاختيار فاذا اختار الام وكأنه لم يعتد على البنت

والا قول الله تعالى (وأهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ولانها أم زوجته فتعزم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه ، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها اذا أسلم فإذا لم يطلقها ويمسك بنكاحها أولى ، وقرههم انما يصح العقد بانقيام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فوض اليه الاختيار وهنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وانما اختصت الام بفساد نكاحها لانها تعزم بمجرد العقد على ابنتها على التأييد فلم يكن له اختيارها والبنت لا تعزم قبل الدخول بأمر فتبين النكاح في أمها بخلاف الاختين

(فصل) فان كان دخل بالام أو بهما حرم نكاحهما على التأييد الام لانهما أم زوجته، والبنت لانها ربيبة مدخول بأمرها . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم وهو قول الحسن

قولها لان هذا بعيد جداً ، وان كان متصوراً، وهل تستحلف للمرأة ؟ يحتمل وجيبين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله (والآخر) لا تستحلف لان ما يعد جداً لا يثبت اليه لاحتمال كذب البيضة العادلة وكذب المقر في إقراره، وهل يتقبل قول امرأة واحدة؟ على روايتين ، وهذا الذي ذكره الحرق فيهما إذا اختلفا في ابتداء الامر قبل ضرب الاجل فان اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بمنزتها لم تنقطع المدة وان كان بعد انقضاء المدة فحكمه حكم من اعترف انه لم يطأها، وفي كل موضع شهد النساء بزوال عندها بالقول قوله فيسقط حكم قولها لانه تبين كذبها، وان ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب

وعمر بن عبد العزيز وقنادة ومالك وأهل المجاز واشوري وأهل العراق والشامي ومن تبعهم قلن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بهما، فإن لم يسلم معه إلا أحدهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه ، فان كانت المسلمة هي الام فهي محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وإن كان دخل بها فهي محرمة على التأبيد ، وان كان قد وطئ أحدهما حرمت الاخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة، وإن لم يكن وطئ واحدة منهما فلهوط، أيهما شاء فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأبيد والله أعلم

(فصل) واذا أسلم عبد ونحوه زوجتان قد دخل بهما وأسلمتا في العدة فهما زوجتان وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين لانه حكم العبد فيما زاد على الاربع، فاذا أسلم ونحوه زوجتان فأسلمتا معه أو في عدته لم نكحهما حرمتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة لان له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين بناء على ما مضى في الحر فلو كان نحوه حرتان وأمة فإن له أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة أو أمة وليس لأحدهما إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لانها رضية بنكاحها وهو عبد ولم يتجدد رقة بالاسلام ولا تجددت حرية بها بذلك فلم يكن له اختيار كما لو تزوجت مصيب تعلم عيبه ثم أسلم. وذكر القاضي وجهاً أن لها الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكانا عيب حادث والاول أصح فان الرق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب .

(فصل) ولو أسلم ونحوه أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم ثبت نكاح الاربع لانه ممن يجوز له الاربع في وقت اجتماع املاكهم لانه حرة فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لانه كان عبداً - بين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهما على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كمن أسلم ونحوه اماء فأسلمن معه ثم أسير ولو أسلم معها اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيتان لم يتغير الا اثنتين لانه ثبت له الاختيار بالاسلام الاولين (فصل) قلن تزوج أربعا من الاماء فأسلمن وأعتق قبل اسلامه فلهن فسخ النكاح لانهن عتق

(مسئلة) قال (وان كانت ثيباً وادعى انه يصل اليها أخلي معها في بيت وقيل له أخرج ماءك على شيء فان ادعت انه ليس بني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها ، وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى ان القول قوله مع يمينه)

اختلفت الرواية عن أبي عبدالله رحمه الله في هذه المسئلة فحكى الحرقى فيها روايتين (إحداها) انه يحل معها ويقبل ماءك على شيء فان أخرجه فالقول قوله لان العين يضعف عن الانزال فاذا أنزل تبينا صدقه فتحكم به وهذا مذهب عطاء ، فان ادعت انه ليس بني جعل على النار فان ذاب فهو مني لانه شبيه بياض البيض وذلك اذا وضع على النار تجمع ويس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به ، وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة لان الظاهر معها (والرواية الثانية) القول قول الرجل مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب

تحت عبد وانما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة لانه قد يسلم فيقطع جريانهن إلى بينونة ، فاذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باخلاف الدين من حين أسلمن وتبين أن الفسخ لم يصح ، وإن أسلم في العدة بن بفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لانهن هننا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قياها عتقن في أثناء العدة التي يكن لزوج تلافى النكاح فيها فأشبهن الرجعية فان أخرن الفسخ حتى أسلم لزوج فهن كالرجعية اذا عتقت وأخرت الفسخ لان تركن الفسخ اعتماد على جريانهن إلى بينونة فلم يتضمن الرضا بالنكاح ، ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخرن الفسخ صح لانهن اماء عتقن تحت عبد وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال بعضهم لا خيار لمن لانه لا حاجة بهن إلى الفسخ لكونه يحصل بقائتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وإيس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لمن الاسلام وهو واجب عليهن ، فان قيل فاذا أسلمن إخرن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله ، فأما إن إخرن المقام وقلن قد رضينا بزوج فذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لانها حالة صح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الإقامة كحال اجتماعهم على الاسلام . وقال أصحاب الشافعي لا يسقط اختيارهن لان اختيارهن الإقامة ضد الحالة التي هن عليها وعي جريانهن إلى بينونة فأشبهه ما لو اردت الرجعية فراجعها الزوج حال ردها وهذا يبطل بما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق ثم عتقت فاخرت زوجها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (فان أسلم ونحوه اماء فأسلمن معه وكلن في حال اجتماعهم على الاسلام من نحل له الاماء فله الاختيار منهن والا فسد نكاحهن اذا كان في حال اجتماعهم على الاسلام عاديا بطول خاتفا لعنت فله أن يختار منهن واحدة فلن

الرأي وابن المنذر لأن هذا مما يقتضيه إقامة البينة عليه وجوبه أثبت فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالنكر في سائر الدعاوى رتبته اليقين على حجة ما قل وهذا قول من سمينا ههنا لأن قوله محتمل للكذب فتوينا قوله بيمينته كما في سائر الدعاوى الذي يستحلف فيها فان نكل قضي عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليقين عليه قول النبي ﷺ « وانك اليقين على المدعى عليه »

قال القاضي ويخرج أن لا يستحلف براء على إنكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا ، والصحيح ما قال الحرق في دلالة الخبر والمعنى عليه ، ودوي عن أحد رواية ناشئة ان القول قول المرأة مع يمينها حكاهما القاضي في المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لان قولها موافق للاصل واليقين معها ، وفي كل موضع حكنا بوطئه بطل حكم عنته فان كان في ابتداء الامر لم تغرب له

كانت لانصفه فله أن يختار منهن من تعفى في إحدى الروايتين والاخرى لا يختار الا واحدة وهو مذهب الشافعي وتوجيهها قدمي ذكره وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور له أن يختار منهن لانه استدانة العقد لا ابتداء له بدليل انه لا يشترط شروط العقد أشبه الرجعة ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يلك اختيارها كالمعتدة من غيره وذوات محارمه ، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح الى البتة وهذا اثبات النكاح في امرأة فان كان دخل بين ثم أسلم ثم أسلمن في عتقهن فالمحكم كذلك وقال أبو بكر لا يجوز له هنا اختيار بل بين بمجرد اسلامه لثلا يفضي الى استدانة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة كاسلامهن معه وان لم يسلمن الا بعد العدة انفسخ نكاحهن ان كن كتابيات لانه لا يجوز استدانة النكاح في أمة كتابية
(مسئلة) (فان أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن لان شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار)

وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر فليس له الاختيار لذلك وان أسلمت احداهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد إعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئا لان وقت الاختيار دخل باسلام الأولى ألا ترى أنه اذا كان معسر كان له اختيارها فاذا كان موسر أبطل اختياره ، وان أسلمت الأولى وهو معسر فلم يسلم البواقي حتى أيسر لزم نكاح الأولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الأولى اجتمعت معه في حال يجوز ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ، ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختار حتى أيسر كان له أن يختار لان ثبوت حال الاختيار كان لذلك فتغير حاله لا يسقط ما ثبت كالموت تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدانة النكاح

مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار، وكل موضع حكنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها، واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من المال وتعطى صداقها من بيت المال ويحلى معها وتسل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت أنه يطأ كذبت الاولى، ورثانية بالخيار بين الافاقة والفسخ وصداقها من بيت المال وان كذبت به فرق بينه وبينها وصداق الثانية من ماله وهنا لما روي ان امرأة جاءت إلى سمرة فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب اليه: أن زوجه بأمرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق اليها المهر من بيت المال عنه فان أصابها قد كذبت وان لم يصحبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما وقال الاوزاعي: يشهد امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجمع امرأته فاذا قام عنها نظرنا إلى فرجها فان كان فيه رطوبة المساء فقد صدق والا فلا، وحكي عن مالك مثل ذلك الا أنه اكتفى بواحدة والصحيح ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في الايلاء ولما قدمنا واعتبار خروج الماء ضيف لانه قد

(مسئلة) (وان أسلمت أحدها من بعده ثم عنتت ثم أسلم البواقي فله الاختيار منهن لان العبرة بحالة الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة، وان عنتت أحدها من ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يمكن له أن يختار من الاماء لانه ملك لعصمة حرة حين اجتماعها على الاسلام.

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك اذا أسلمت وحدها وان أحب انتظار البواقي جاز لان له غرضاً صحيحاً وهو أن يكون عنده من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يضمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً وبين البواقي منذ اختلف الدينان وان أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار وعددهن من حين الاختيار، وان أسلم بعض دون بعض بن اللاتي لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختياره، وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقطعت عصمة البواقي وثبت نكاحها، فان أسلم البواقي في عدة تبين انهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ، وان لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه. وان طلق التي أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً لان ايقاع علاقة عليها يتضمن اختيارها، فاما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلمن معه فزاد العدد على ماله امساكه في هذه الحال لا يفسخ نكاحها. ثم ننظر فان لم يسلم البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن واختار منهن واحدة انفسخ نكاح الاولى. معين. فان اختار الاولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها لان فسخه لنكاحها ما صح

وفيه وجه آخر ذكره القاضي انه لا يصح اختياره لها لان فسخه انما لم يصح مع إقامة البواقي على

يطأ ولا يزل وقد يزل من غير وط فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يجوز
السليم القادر عن الوطء في بعض الأحوال، وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الأحوال أو وقت
من الأوقات يكون عتيماً، ولذلك جعلنا مدته سنة، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضاً ولأنه
قد يعين عن امرأة دون أخرى، ولأن نكاح الثانية أن كان مؤقلاً أو غير لازم فهو نكاح باطل
والوطء فيه حرام وإن كان صحيحاً لازماً لنفسه إضراراً بالثانية ولا ينبغي أن يقبل قولها لأنها تريد
بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق أن يقبل قولها من الأولى، ولأن الرجل لو أقر
بالعبر عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عتته بذلك، وأكثر ما في القدي ذكره أن يثبت عجزه عن الوطء
في اليوم القدي اختبروه فيه فإذا لم تثبت عتته بأقراره، بجزء فلان لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

(مسئلة) قال (وإذا قال الخنثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له
أن ينكح بغير ذلك بعد وكذلك لو سبق فقال أنا امرأة لم ينكح (الرجل)

والخنثى هو القدي في قبله فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى ،
قال الله تعالى (وأنه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء)

انكفر حتى تنقضي العدة لأننا تبينا أن نكاحها كان لازماً فإذا أسلمن ملق أسلامهن بذلك الحال فصار
كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فإذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها .
وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل إسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل أسلامهن الموجود في
الثاني كالوجود سابقاً كذلك هنا

(مسئلة) (وان أسلم ونحوه حرة وإمام فأسلمت الحرة في عتتها قبل أن أسلمن أو بعدن انفسخ نكاحهن)
إذا أسلم ونحوه حرة وإمام ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كلن فإنه يلزمه
نكاح الحرة وينفسخ نكاح الاماء، لانه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور له أن يختار وقد
مضى الكلام معه (الثانية) أسلمت الحرة معه دون الاماء تثبت نكاحها وانقطعت عصمة الاماء
فإن لم يسلمن حتى انقضت عددهن بن باختلاف الدين وابتداء عددهن من حين أسلم، وإن أسلمن في
جمدهن بن من حين اسلام الحرة وعددهن من حين اسلامها . فإن ماتت الحرة بعد اسلامها لم يتغير الحكم
بموتها لأن موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في باحثهن

(الثالثة) أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو اما ان تنقضي عتتها قبل اسلامها فتبين
باختلاف الدين وله أن يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحرة أو تسلم في عتتها فثبت نكاحها ويبطل
نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وانقضت عتتها لأن
لا نكحاً لهما لا تسلم فإن طلق الحرة ثلاثاً قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق ولأننا تبينا أن النكاح

فليس ثم خاتى ثالثة، ولا يخلو الخثى من أن يكون مشكلا أو غير مشكل فإن لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن، وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فاختلاف أصحابنا في نكاحه فذكر الحرقى أنه يرجع إلى قوله فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبيعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبيعه إلى الرجال زوج رجلا لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق على غيره فقبل قوله فيه كما قبل قول المرأة في حيضها وعدتها، وقد يعرف نفسه يميل طبيعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فإن الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات يميل الذكر إلى الأنثى وميلاها إليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يظلم عليه غيره وقد تغذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بمحكمه .

وأما الميراث والدية فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لأنه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لأنه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الإمامة وولاية النكاح ومالا يثبت حقا على غيره، وإذا زوج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الأول لم يقبل في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولا لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء

انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء، وإن أسلمت في عدتها بأن أن نكاحها كان ثابتا ووقع فيه الطلاق وبها الاماء بثبوت نكاحها قبل الطلاق

(فصل) فإن أسلم وتحتة إماء، وحررة فأسلمن ثم اعتن قبل اسلامها لم يكن له أن يختار منهن لأن نكاح الامة لا يجوز لتأخر على حرة وإنما يعتبر حاله حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه واسلامهن ثم ينظر فإن لم تلم الحرة فله الاختيار منهن ولا يختار الا واحدة اعتبارا بجملة اجتماع اسلامه واسلامهن، وإن أسلمت في عدتها ثبت نكاحهن وانقطعت عصمتهم فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره لأن الاختيار لا يكون موقوفا، فأما ان اعتن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فإن كان جميع الزوجات أربعاً فما دون ثبت نكاحهن وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعاً وتبطل عصمة الخامسة لأنهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الاصليات وكألو أعتن قبل اسلامه واسلامهن وإن أسلمن قبله ثم أعتن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم في هذا كألو أسلم وتحتة خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحتة خمس حرائر فأسلمن معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداها لأنه لا بد ان يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لاعتبار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي

لكن ان تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لا لفراره يستلانه ولا يبين قوله في سقوط المهر عنه ، وإن تزوج رجلا وقال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه لان الحق عليه وهذا قول الشافعي ، وقال ابو بكر لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره وذكره نصاً عن أحد في رواية الميسوني وهذا الذي ذكره أبو اسحاق مذهبا لشافعي وذقة لانه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة وكما لو لم يقل أنا رجل ولا امرأة ولان قوله لا يرجع إليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرها في نكاحه ولانه لا يعرف نفسه كما لا يعرف غيره ولانه قد اشتبه بالباح بالمحظور في حقه فحرم كما ذكرناه

(مسئلة) قال (واذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما برائل العقل رجما نكاحا ريبا والمسلم والكافر الحران فيما جفت سواء) ذكر الحربي رحمه الله في هذا الباب شرائط الاحسان ونحن نؤخره الى المحدث فانه أنص به وثقة أعلم

لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البراني الا اثنان لزمه نكاح الأربع ، وان أسلم الجميع في انعقد كلف أن يختار ثلاثا مع التي اختارها أولا فيفسخ نكاح الثانية ، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنين ، وان أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن اذ لا معنى لا انتظار الخامسة ونكاح ثلاثة منهن لازم على كل حال ، ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لانه انما يكون عند زيادة العدد على أربع وسأ وجد ذلك ، ولذلك لو أسلمت معه من الامة لم يجبر على اختيارها كذا هنا قال شيخنا والصحيح هنا أنه يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى ، وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا .

(مسئلة) (وان أسلم عبد وتحتته اما فأسلمن معه ثم أعتق فله أن يختار منهن لانه حالة اجتماعهم على الاسلام كان عبداً يجوز له الاختيار من الامة

(مسئلة) (وان أسلم وأعتق ثم أسلمن فحقه حكم الحر) لا يجوز أن يختار الا بوجود الشرطين فيه لانه حالة اجتماعهم في الاسلام كان حراً فليشترط في حقه ما يشترط في حق الحر

تم بحمد الله وعونه الجزء السابع من كتابي المفني والشرح الكبير

بإمضاء وليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء الثامن منها وأوله (كتاب الصداق)

فهرس محتويات الجزء السابع من كتابي المنفي والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٣٦	٢ كتاب الفرائض
٣٧	٣ حجب الاخ والاخت بالابن وابن الابن وبالاب . أسباب التوارث
٣٨	٤ حجب الاخ والاخت لام بالولد وولد الابن والاب والجد
٤٠	٥ بيان الكلاله ومعناها وقول أهل العلم فيها
٤١	٦ تعصيب الاخوات للبنات . ميراث ذوي القروض
٤٢	٧ كون بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن
٤٤	٨ سقوط بنات الابن بالبنات الا اذا عصبن الذكر
٤٦	٩ الدليل الذي ثبت به فرض البنين واختلاف العلماء فيه
٥٢	١٠ تعصيب ابن الابن لمن في درجته مثله اخوته وبنات عمه
٥٣	١١ اجتماع بنات الابن مع بنت الصلب
٥٤	١٣ الاخوات من الاب بمنزلة الاخوات من الابوين عند عدمهن
٥٥	١٤ فروع في توريث الاخوات من الاب
٥٦	١٥ بيان الذكور الذين يعصبون اخوانهم
٥٧	١٦ ميراث الام للثلاث اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن
٥٨	١٧ ميراث الاب للسدس مع الولد الذكر أو ولد الابن
٦٠	١٨ ميراث الزوج للنصف عند عدم الولد
٦٢	١٩ ميراث النصبه وأولام بالارث
٦٣	٢٠ المسئلتان العمريتان . وبيان حكمهما
٦٤	٢١ المسئلة المشتركة وحكمها والمذاهب فيها
٦٥	٢٧ ميراث ابن العم اذا كان أحدهما أخا لام
٦٦	٢٨ فروع ومسائل في ميراث أبناء العم
٦٧	٣١ باب أصول السهام والفرائض التي تعول
٦٨	٣٢ المسائل التي يجتمع فيها نصف وسدس أو نصف وثلاث وثلثان وبيان عولها
٦٩	٣٤ بيان بعض مسائل العول وضابطها وعولها
٧٠	
٧١	
٧٢	
٧٣	
٧٤	
٧٥	
٧٦	
٧٧	
٧٨	
٧٩	
٨٠	
٨١	
٨٢	
٨٣	
٨٤	
٨٥	
٨٦	
٨٧	
٨٨	
٨٩	
٩٠	
٩١	
٩٢	
٩٣	
٩٤	
٩٥	
٩٦	
٩٧	
٩٨	
٩٩	
١٠٠	

صفحة	صفحة
٢٥	بيان المسألة الاكدرية وحكمها والمذاهب فيها
٢٨	بيان المسألة الخرقاء وحكمها واختلاف الصحابة فيها
١٤٩	اقرار الابن بأخويه وتصديق الاصغر
١٥١	اقرار الابن بأخويه دفعة واحدة
١٥٢	اقرار البنت والاخت لصغيرة
١٥٤	اقرار الابن بأخ ثم جده
١٥٧	اقرار من أعيان له المسألة بمن يصبه
١٥٩	اقرار الوارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه
١٦٠	اقرار أحد الورثة بأن الوصي له اخو الميت
١٦١	كون القاتل لا يرث من المتوكل شيئا عمداً كان القتل أو خطأ
١٦٢	كون المانع من الارث انما هو القتل بغير حق
١٦٥	الاجماع على ان الكافر لا يرث المسلم ولا المسلم الكافر
١٦٧	توارث الكفار إذا كان دينهم واحداً
١٦٩	توارث أهل الملة الواحدة وإن اختلفت ديارهم
١٧٥	المتردد لا يرث أحداً إلا أن يرجع قبل قسمة التركة
١٧١	كون من أسلم على ميراث قبل أن يقدم قسم له
١٧٤	جعل مال المتردد ميتاً إذا مات على رده
١٧٦	كون الزنديق كالمتردد لا يرث ولا يورث
١٧٧	فسخ النكاح وعدم انتوارث بين الزوجين بارتدادهما معاً
١٧٨	بيان ميراث المجوسي ومن جرى مجراه
١٨٠	الميراث بجميع القرابات إذا أمكن
١٨١	فروع في الميراث بجميع القرابات
١٨٢	المسائل التي يجتمع فيها قرابتان مع الارث بهما
١٨٥	حكم ما إذا وطئ مسلم بعض محاربه بشبهة
١٨٦	حكم ما إذا غرقا المتوارثان أو ماتا تحت هدم
١٨٧	حكم ما إذا ادعى كل وارث أن مورثه مات آخراً
١٨٩	حكم ما إذا غرق اخوات أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو
١٩٠	حكم ما إذا غرق ثلاثة أخوة لا يوين أو منفقين
٨٠	مسائل مختلفة في ميراث الجد مع الاخوة
٨٢	باب ميراث ذوي الارحام وعدد دم
٨٥	كيفية توريث ذوي الارحام والمذاهب فيه
٨٨	اعطاء جميع التركة لمن انفرد من ذوي الارحام
٩٠	مسائل متنوعة في توريث ذوي الارحام
٩٢	تقديم الرد وانثوى المتفق على ذوي الارحام
٩٣	توريث ذوي الارحام مع الزوج والزوجة
٩٤	المسألة التي تمول من مسائل ذوي الارحام
٩٥	توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام بالسوية
٩٦	مسائل في النسوية بين الذكور والاناث من ذوي الارحام
١٠٥	بيان مذهب أهل التنزيل وأهل القراية
١١٥	أحكام ميراث الخنثى المشكل
١١٥	ميراث الخنثى في حاله دون حال
١١٥	تعديد الخنثى الوارث وحكمه
١٢٢	حكم من لم يبين فيه علامة الذكورة ولا الانوثة
١٢٢	أحكام ميراث ابن الملاعة
١٢٦	حكم ما إذا لم يترك ابن الملاعة ذاكهم
١٢٧	تكذيب الملاعن نفسه بعد قسم ميراث ابن الملاعة
١٢٨	ميراث ابن ابن الملاعة
١٢٩	حكم ميراث ولد الزنا
١٣٠	بيان ان العبد لا يرث ولا يورث
١٣٤	ميراث الاسير والمدبر والمكاتب
١٣٢	فروع في ميراث المكاتب
١٣٣	ميراث البعض والميراث منه وحجبه
١٤٤	بيان ما يستحقه المقر به من الميراث
١٤٥	اقرار جميع الورثة بوارث أو اقرار الميت به
١٤٦	اقرار الابن الواحد بأخ من أبيه

صفحة	صفحة
١٩٢ كون من لا يرث لا يحجب كالرفيق والقائل	٢٤٣ بطلان مع الولاة وهبته
١٩٣ كون المحجوب قد يحجب كالأخوة يحجبون الام	٢٤٥ كون عتق السائبة لا ولاء فيه
ويحجبون بالآب	٢٤٧ عتق ذي الرحم المحرم منك محرمة له
١٩٤ بيان ميراث الحمل والمذاهب فيه وأحواله	٢٤٩ ولاء المكاتب والمدبر لسيدهما
١٩٧ الشروط التي تشترط لميراث الحمل	٢٦١ فصل في دور الولاة
٢٠٠ مسائل في استهلاك أحد التوأمين اذا لم يعلم بعينه	٢٦٣ باب ميراث الولاة
٢٠٢ استهلاك أحد التوأمين ثم استهلاك الآخر	٢٦٥ مسائل في ميراث النساء للولاة
٢٠٣ ميراث غرة الجنين الواجبة بالجنابة على أمه	٢٦٩ كون الولاة انما يكون لا قرب عصبة المعتق
٢٠٤ ميراث دية المقتول والخلاف فيها	٢٧٣ ميراث العصبات للولاة المولى
٢٠٥ ميراث المفقود وأنواعه	٢٧٤ مسائل في بيان أولى الولاة بآرث الولاة
٢٠٦ فروع في ميراث المفقود وأحكامه	٢٨٠ (كتاب الوديعة)
٢١٠ مسائل مختلفة في ميراث المفقود	٢٨٢ المسائل التي تضمن فيها الوديعة
٢١٢ استواء نكاح المرض والصحة في صحة العقد	٢٩٠ ادعاء الوديعة عند رجل وإنكاره لها
والميراث	٢٩٤ ادعاء رجلين الوديعة وإقرار المودع لاحدهما
٢١٣ ميراث الزوجين قبل الدخول وعدم ثبوته في	٢٩٧ باب قسمة الفتي والغنيمة والصدقة
النكاح الفاسد	٢٩٩ تقسيم خمس الفتي والغنيمة على خمسة أسهم
٢١٤ فروع تتعلق بالميراث في النكاح الفاسد	٣٠٢ تقسيم سهم رسول الله ﷺ في الكراع
٢١٧ الطلاق واتوارث فيه	والسلاح والمصالح
٢٢٠ الطلاق الثلاث في المرض قبل الدخول	٣٠٤ تقسيم سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب
٢٢١ تطليق المدخول بها رجعيًا ومرض الرجل	٣٠٧ تقسيم خمس أساكين وخمس ابن السبيل
في العدة	٣١١ أحكام تقسيم الفتي بين جميع المسلمين
٢٢٤ تعليق الطلاق في الصحة على شرط وجد	٣١٢ إعطاء أربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الوقعة
في المرض	٣٢١ أحكام الرقاب وهم المكاتبون
٢٢٥ إكراه الابن امرأته أيسه على ما يفسخ به	٣٢٢ يجوز للسيد دفع زكاته الى مكانه
نكاحها كوطئها	٣٢٣ لا يجوز أن يشترى من زكاته من يعتق عليه
٢٢٧ فصل المربضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة	٣٢٤ صف الفارمين
٢٣٣ فروع في أحكام ميراث المطلقة	٣٢٥ حكم ما إذا أراد الرجل دفع زكاته الى العامر
٢٣٤ أحكام اشتراك الرجلين في وطء المرأة	٣٢٧ الحج من سبيل الله
٢٣٨ كتاب الولاة	٣٢٨ مسألة ابن السبيل
٢٣٩ ثبوت الولاة للمعتق مع اختلاف الدين	٣٢٩ كون الأعتاء الى جميع الاصناف غير واجب
٢٤١ ثبوت الولاة للعربي على الحرابي	٣٣٠ استحباب التفريق على ما أمكن من الاصناف

صفحة	صفحة
٣٣١ أحكام جوائز السلطان ومذاهب الأئمة فيها	٣٣٦ حكم تزوج المرأة بغير إذن وليها
٣٣٣ ﴿كتاب النكاح﴾	٣٣٧ حكم تزوج من يعتبر أذنها
٣٣٤ ثبوت النكاح بالكتاب والسنة والاجماع	٣٣٨ أحكام عضل الولي الاقرب ومعنى العضل
٣٣٥ المذاهب في استحباب النكاح وفي تركه	٣٣٩ اذا كان ولي المرأة غائبا زوجها من هو أبعد منه من عصبتها
٣٣٧ لا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين	٣٧٠ مقدار الغيبة المتقطعة والتي لا يجوز للابعد التزويج فيها
٣٣٨ إذا نكحت المرأة نفسها فنكاحها باطل	٣٧١ اذا زوجت المرأة من غير كفء فالنكاح باطل
٣٣٩ اذا حكم بصحة العقد حاكم لم يحجز تقضه	٣٧٢ الرواية الثانية عن أحمد ان الكفائة ليست شرطاً في النكاح
٣٤٠ لا ينعقد النكاح الا بشهادة مسلمين	٣٧٣ حكم ما اذا رضي بالعقد بعض الاولياء ولم مهر مثلها
٣٤١ لا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين	٣٧٤ يرض البعض شروط الكفائة
٣٤٢ يصح انعقاد النكاح بشهادة عيدين	٣٧٥ غير قریش من العرب لا يكافئها
٣٤٣ إذا نكح المرأة نكاحاً فاسداً فالواجب لها مهر مثلها	٣٧٦ خلاف في البسار أشرط هو من شروط الكفائة
٣٤٤ لاحد في وطء النكاح الفاسد	٣٧٧ فروع فيما تعتبر فيه الكفائة بين الزوجين
٣٤٥ النكاح الفاسد والامور التي يساوي فيها الصحيح	٣٧٨ كفائة الموالى لبعضهم وحكم ولد الزنا
٣٤٦ بيان أولى الناس بنكاح المرأة الحرة	٣٧٩ تزويج الرجل ابنته البكر لمن هو كفؤها
٣٥٠ ثبوت ولاية التزويج للسلطان	٣٨٠ حكم اجبار البكر البالغة العاقلة
٣٥١ أحكام ولاية السلطان للتزويج	٣٨١ فروع في تزويج الاب ابنته البكر البالغة
٣٥٢ قيام الوكيل مقام الولي في التزويج	٣٨٢ كون الاجبار في النكاح أما يكون للاب فقط
٣٥٣ فصل في جواز التوكيل مطلقاً ومقيداً	٣٨٣ حكم زواج الجارية اذا بلغت ثمان سنين
٣٥٤ يثبت للوكيل ما يثبت للموكل	٣٨٤ استحباب استئذان البكر البالغة
٣٥٥ اذا كان الاقرب من عصبتها طفلاً زوجها	٣٨٥ اذا زوج ابنته الثيب بغير أذنها فالنكاح باطل
الا بعد	٣٨٦ اذن الثيب الكلام واذن البكر الصامت
٣٥٦ الشروط المعتبرة لثبوت الولاية	٣٨٧ النطق بالاذن ابلغ من الصامت
٣٥٧ لا يشترط في الولي أن يكون بصيراً	٣٨٨ فصل في الثيب المتبرع نطقها
٣٥٨ يزوج أمة المرأة بأذن من يزوجه	٣٨٩ فصل في المجنونة
٣٥٩ يزوج مولاتها من تزوج امها	٣٩٠ حكم ما اذا كان وليها الحاكم
٣٦٠ إذا كان للامة مولى فهو وليها	٣٩١ حكم الزواج بدون صدق المثل
٣٦١ أحكام زواج موليته اذا أذنت له	
٣٦٢ إذن المرأة لوليها في تزويجها من غير تعيين	
٣٦٣ أحكام الممثلة والمسلم الكافرة	
حضور الاقرب	

فهرس الجزء السابع من كتاب الفنى والصرح الكبير (هـ)

صفحة	صفحة
٤١٧ فروع في الفروع	٣٩٢ فروع في الزواج
٤١٨ حكم المدبرة وأم الولد	٣٩٣ تزويج الاب الصبي والبالغ المتوء
٤١٩ لا يثبت أنها أمة بمجرد انهوى	٣٩٤ كون وصي الاب بمنزله في نكاح الصبي
٤٢٠ ان كان المورور عبداً فولده أحرار	٣٩٥ امتناع التزويج للصبي والمتوء بزيادة على
٤٢١ حكم مالو شرطها مسلمة فبانت كافرة	مهر المثل
٤٢٢ حكم مالو تزوج امرأة بظنها حرة فبانت أمة	٣٩٦ نكاح المحجور عليه للسفه وأحواله
٤٢٣ فصول في النكاح	٣٩٨ امتناع تطليق امرأة المولي عليه على غير الاب
٤٢٥ عتق الامة وجعل عتقها صداقها	٣٩٩ اجبار المدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد
٤٢٦ عتق المرأة عبداً بشرط أن يتزوجها	٤٠٠ امتناع تزويج العبد وهو كاره الا ان يكون صغيراً
٤٢٧ زواج الرجل أتمه بعد عتقها لا يحتاج الى استبراء	٤٠١ تزويج السيد عبده الصغير وحكم مهر امرأته
٤٢٨ الافاظ التي ينعقد بها النكاح	ونفقها
٤٢٩ كون عقد النكاح يجب أن يكون بالعرية	٤٠٣ فروع في شراء الحرة زوجها أو ملكها
للقادر عليها	هبة ونحوها
٤٣٠ تقدم القبول على الایجاب في النكاح	٤٠٤ تزويج الولين موليتهما من اثنين
٤٣١ الهزل والاكرام في النكاح وتراخي القبول	٤٠٦ تزويج المرأة من اثنين وفسخ النكاح بجمل
عن الایجاب	الاول منها
٤٣٢ امتناع ثبوت الخيار في النكاح	٤٠٧ بطلان النكاح بوقوع عقدین معاً على امرأة
٤٣٣ الخطبة في النكاح غير واجبة عند أهل العلم	واحدة
٤٣٤ يستحب اعلان النكاح والضرب فيه بالدف	٤٠٨ دعوى كل من الزوجين أنه السابق واقرارها
٤٣٥ يستحب عقد النكاح يوم الجمعة	لواحد منهما
٤٣٦ ليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات	٤٠٩ اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل
٤٣٧ ليس للعبد أن يجمع الا اثنين	٤١٠ اذا دخل العبد بمن تزوجها فعلى سيدها
٤٣٨ للعبد أن يتسرى باذن سيده	خمساً المهر
٤٣٩ للعبد التسري بما شاء اذا اذن له سيده	٤١١ تزوج العبد بغير اذن سيده يعلق المهر برقبته
٤٤٠ اذا اذن السيد لعبده أن يتسرى فليس له	يفديه به السيد
أن يرجع	٤١٢ ان كان المهر الواجب على العبد زائداً على رقبته
٤٤١ حكم مالو طلق الحر أو العبد الخ	لم تلزم السيد الزيادة
٤٤٢ حكم مالو أسلم زوج المجوسية والوثنية الخ	٤١٣ اذا تزوج أمة على أنها حرة فأصابها وولدت
٤٤٣ اذا زنى بامرأة فليس له أن يتزوج أختها حتى	منه فالولد حر
تتقضي عتقها	٤١٥ مسائل في الفداء والضممان
٤٤٤ من خطب امرأة تزوج بغيرها لم ينعقد النكاح	٤١٦ الفصل الرابع في المهر

صفحة	صفحة
٥٧٢	نهي النبي ﷺ عن متعة النساء
٥٧٣	حكم ما اذا تزوج المرأة على ان يطلقها في وقت بعينه
٥٧٤	بطلان نكاح المحلل
٥٧٥	حكم ما اذا شرط عليه التحليل قبل العقد
٦٠٠	يذكره في العقد الخ
٦٠١	حكم عمر في قصة ذي الرقعتين
٦٠٢	حكم ما لو شرط عليه أن يحلها قبل العقد
٦٠٣	حكم ما لو عقد المحرم نكاحا الخ
٦٠٤	حكم ما لو وجد أحد الزوجين بصاحبه جنونا
٦٠٥	الفصل الثاني في عدد العيوب المجوزة للفسخ
٦٠٦	الاختلاف في عدد العيوب التي يجوز للفسخ
٦٠٧	الخيار بغير ما ذكر من العيوب
٦٠٨	حكم ما لو كان بكل من الزوجين عيب
٦٠٩	اعتبار في شروط ثبوت الخيار
٦١٠	إذا فسخ قبل المسيس فلا مهر له
٦١١	حكم ما لو كان الفسخ بعد الدخول
٦١٢	حكم ما علم بالعيب وقت العقد أو بعده
٦١٣	حكم ما لو طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب
٦١٤	ليس لولي الصغير والصغيرة والامة تزويجهم بمعيب
٦١٥	لا يجوز تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها
٦١٦	إذا عتقت الامة وزوجها عبد فاما الخيار
٦١٧	فرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق
٦١٨	حكم ما لو أعنتى قبل ان تختار
٦١٩	أن وطئها بطل خيارها
٦٢٠	حكم ما لو أعنتى العبد والامة دفعة واحدة
٦٢١	
٥٩٦	إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لها
٥٩٧	حكم ما لو اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده
٥٩٨	حكم ما لو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل
٥٩٩	حكم ما لو طلقها طلاقا بائنا ثم أعتقت
٦٠٠	فصل في الطلاق بعد العتق وقبل الاختيار
٦٠١	فروع في ثبوت الخيار للمعتقة على زوجها وازوجها عليها
٦٠٢	باب أجل العنين والحصي غير المحبوب
٦٠٣	العنة وأحكامها وفسخ النكاح بها
٦٠٤	أجل العنين وابتدائه وكيفية ثبوت العنة
٦٠٥	رجعة العنين بعد الفسخ أمانات تكون بنكاح جديد
٦٠٦	أحكام الحصي وكونه كالعنين
٦٠٧	دعوى العنين
٦٠٨	علم المرأة بعنة زوجها بعد الدخول
٦٠٩	رضاء المرأة بعنة الرجل يبطل خيارها
٦١٠	بطلان دعوى العنة بعد اعتراف المرأة بوصوله إليها
٦١١	بيان الوطء الذي يخرج به من العنة
٦١٢	كون وطء امرأة لا يخرجها عن العنة في حق غيرها
٦١٣	ثبوت الخيار للمرأة بحجب العنين قبل الحول
٦١٤	دعوى المرأة عنة زوجها وادماؤه وطأها
٦١٥	دعوى الرجل وطء الثيب وانكارها
٦١٦	دعوى الخنثى المشكل أنه رجل وأحكامه
٦١٧	أحكام الخنثى المشكل وميراثه ودينه
٦١٨	بيان شرائط الاحصان

